LA ÚLTIMA FASE
DE LA
FILOSOFIA DEL DERECHO
EN ALEMANIA

POR EL

DR. IGINO PETRONE

VERSIÓN ESPAÑOLA

DE

CRISTOBAL DE REYNA



MADRID

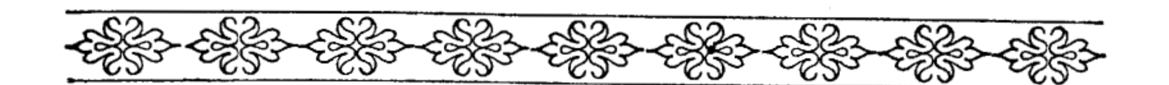
SATURNINO CALLEJA FERNANDEZ

Casa editorial fundada el año 1876

Calle de Valencia, 28



Centro Gráfico-Artístico.—Imprenta.—R.ª Conde-Duque, 3, Madrid.



INTRODUCCION

Versa el análisis que sigue sobre el momento presente ó sobre el que aunque no sea enteramente presente en el orden del tiempo lo es en el de las ideas, de la Filosofía del Derecho en Alemania.

Su objeto es examinar los métodos, los criterios, los principios filosóficos fundamentales de las doctrinas ó el espíritu general en que se informan y en que convergen todas ellas; si bien no se detiene á dar á conocer las particularidades de los sistemas (ó quizás debiera más propiamente decir teorías) sino en cuanto se requiere para confirmar los juicios ya formulados ó anticipados sobre su asunto metodológico.

Es una crítica fundada en la teoría del conocimiento; porque nuestras investigaciones se dirigen á examinar la mayor ó menor legitimidad de una especulación filosófica del derecho; legitimidad que unos niegan resueltamente y que otros circunscriben en tales límites, y reconocen con ta-

les condiciones y cortapisas que es tanto como si la negaran; problema este, que ni puede ser discutido ni encaminado hacia una solución cualquiera, sin dejar antes sólidamente establecido el alcance y capacidad del conocimiento humano en género y del conocimiento filosófico en especie.

El problema cognoscitivo, no obstante las negaciones gratuítas con que lo combate el dogmatismo positivista, ha reaparecido hoy con intensidad quizás no menor que en el fin del siglo XVIII. Lo que en la lengua alemana diríamos *der erkenntnisstheoretische Standpunkt*, es hoy objeto de las tesis é investigaciones de la Filosofía: refiriéndome aquí á esa Filosofía, digna de tal nombre, que es una serena intuición especulativa del universo.

Y así tiene que ser; porque el problema del conocimiento es el gran problema de la Filosofía, y al que conducirían, en el caso de haberse comenzado por incurrir en la ligereza de despreciarlo, otros problemas cuya exclusión sería algo más ardua y arriesgada. Dime tu ideologia y te diré tu filosofia, podría, sin temor de equivocarse, decirse á cualquier filósofo que seriamente lo sea. La filosofía y la misma moral de un filósolo es el equivalente exacto de la manera en que haya él planteado y resuelto el problema del conocimiento. *Der Streit oder Gegensatz zwischen Materialismus und Idealismus,* dice sabiamente L. Fenerbach, *ist nicht der zwischen Materie und Geist, Leit und Seele, sondern der zwischen Empfinden und Denken: denn die Empfindung ist durchaus materialistisch, körper-*

lich wie schon die Alten behaupteten. Es handelt sich also nur um die Lösung des Verhältnisses von Denken und Empfindung.

Entiéndase bien con esto que, para nosotros, la teoría del conocimiento tiene por apoyo y por guía á la metafísica. Es ella misma una metafísica. El problema de la legitimidad ó ilegitimidad de una especulación filosófica del derecho, lleva al otro problema de la existencia ó no de un derecho racional (objeto de la razón) distinto de ese otro derecho que existe en las condiciones empíricas del tiempo y del espacio (objeto de la experiencia). La lógica del pensamiento no consiente separar esos dos problemas, sostenidos por la que con palabras de Vico, aunque empleadas en sentido un tanto distinto del suyo, podría denominarse *metafísica de la inteligencia humana*, sino discutirlos y resolverlos á un tiempo. A esa metafísica, por lo demás, que afirma y que niega, hay que recurrir á la par; porque es más fácil despreciar en el discurso la necesidad del pensamiento y de la conciencia, que prescindir de ella en el terreno de los hechos. Y pues que la crítica, si es el *punctum pruriens* de la filosofía, no es con todo su término definitivo, ese punto *en que se satisfacen todas las aspiraciones* del saber humano, trataremos, ajenos á una negación esteril, de combatir por medio de aquella filosofía que creemos buena á la que no consideramos tal, dándonos por satisfechos si de esta *membra disjecta* de una análisis filosófica de la crítica de otros puede deducirse un contenido sintético, una

profesión de fe filosófica: esa profesión de fe que, entre tantas dudas é incertidumbres doctrinales y soluciones vacilantes sobre el sí y el no, tanta falta hace.

El que quiera conocer el estado de la filosofía del derecho en determinado lugar y en determinado tiempo, debe poner atención en dos cosas: en el estado correspondiente de la filosofía universal en el mismo lugar y en el mismo tiempo, y en el de la misma filosofía del derecho en el tiempo inmediatamente anterior á aquel sobre que nuestra indagación versa.

Varían á un mismo tiempo los criterios y los conceptos en filosofía general y particular; pero todos están de acuerdo en una cosa: en que la filosofía particular sigue fielmente las huellas y pasa por las vicisitudes de la general; en que los métodos y los criterios de la primera son un proceso de derivación de los métodos y criterios de la segunda; en que ésta da los principios y aquélla los transfiere y aplica al dominio de sus estudios; ó, diciéndolo mejor, que ésta da la forma y aquélla la imprime en su materia.

Aquejado el entendimiento humano por la perenne necesidad de simplificar y unificar los conocimientos, no renunciará nunca á la unidad verdadera ó presunta de lo que puede saberse, de lo *escible*. La síntesis es la meta final hacia que tiende, y sólo se satisface cuando se le presentan todos los ramos del saber como formas analíticas de un solo principio simple. Su

filosofía del derecho será siempre por fuerza el equivalente de su filosofía. Pero en el estado de la filosofía del derecho en determinadas condiciones de lugar y de tiempo interviene otro factor: lo que haya sido ella en el pasado, su tradición interna, su historia. Las ideas de hoy están ligadas por un nexo de continuidad espiritual con las de ayer; en cualquier momento del tiempo crea poco el hombre, é interpreta y desarrolla más que crea. Los períodos de la espontaneidad innovadora son bastante raros en la edad moderna: en esta fase irreflexiva y crítica del espíritu humano. Las doctrinas del tiempo presente son, en los más de los casos, el resultado de una reflexión más ó menos profunda de algunas ideas que el análisis deriva del pasado.

Quien quiera, pues, darse cuenta de la dirección de la cultura filosófica del derecho, dominante hoy en Alemania tiene que ir á parar por un camino á la filosofía alemana contempoárnea, ó sea, á la metafísica, porque la filosofía puede ser una metafísica negativa más que positiva, pero es siempre una metafísica; y por otro camino á la penùltima fase histórica de la filosofía del Derecho. Las doctrinas de la una y de la otra son el complemento de la filosofía actual del Derecho.

*
* *

Ahora, la tendencia suprema de la filosofía contemporánea y no sólo en Alemania, (porque la co-

municación que hay al presente entre las sociedades civiles determina cierta comunidad de pensamiento y de vida), es eliminar el antiguo dualismo de la experiencia sensible y del conocimiento intelectual, del sér y del fenómeno, dualismo que era como el sagrado depósito de la filosofía tradicional; y de resolver todo el proceso cognoscitivo, en la experiencia, y todos los órdenes de la existencia, en el fenómeno. El monismo gnoscológico y ontológico á un tiempo: he ahí su meta final, la que en medio de la variedad de las doctrinas y de la incoherencia de los pensadores, indica su lógica ideal.

El último de los grandes filósofos, cuyos principios se informaban en ese dualismo, fué Kant; pero precisamente en la filosofía de Kant tiene sus raíces el monismo moderno. Una doctrina que reduce toda realidad objetiva á realidad fenoménica, conduce, proseguida lógicamente, á que se eleve la experiencia sensible á conocimiento y el fenómeno á sér. Reconoce Kant el *noumenon* (aunque no siempre con coherencia lógica) como existente en sí, pero supone que ese noumeno no sólo está fuera de la experiencia, sino que también es ininteligible, es decir, que está fuera de todo conocimiento racional. Existe en sí, pero no tiene existencia representativa en nosotros. Para nosotros y para la filosofía equivale á la pura nada. Aquello que no tiene relación con la mente humana no es ya siquiera un objeto, porque la noción del objeto es correlativa con la del sujeto que lo conoce. Eliminando uno de los términos del orden de los

conocimientos posibles, sólo le queda el otro, á la filosofía; y este otro no es ya relativo, porque no hay término con el cual relacionarlo: es absoluto. Así el dualismo del noumeno y del fenómeno cede el puesto al monismo del fenómeno. No hay ya correlación de fenómeno y de sér; el fenómeno es el sér.

Esta identidad se resuelve en el fondo en una petición de principio: Tanto es el fenómeno el ser, cuanto el pensador ha asignado ya previamente al ser las notas del fenómeno; cuanto ha obligado anticipadamente al ser á uniformarse con las condiciones del fenómeno. Esto no es óbice, por lo demás, para que esta petición de principio sea á un tiempo el presupuesto y el resultado de la filosofía moderna y señaladamente de la que ha estado más en boga.

El idealismo hegeliano que asigna alternativamente al fenómeno la inmanencia y la eternidad del ser, y al ser la movilidad y la contingencia del fenómeno, refundiendo ambas nociones en un principio que es á un tiempo ser y fenomeno, en un noumeno-fenómeno, en la Idea; el positivismo que ignaro y sin tener en cuenta el problema ideológico planteado por Kant, se apropia, por un procedimiento ajeno á la crítica, los resultados dogmáticos del fenomenismo kantiano; la doctrina de la evolución, que sintetiza de segunda mano ese fenomenismo con la metafísica del panteismo; todos los sistemas más célebres de la filosofia moderna en Alemania y en otras partes, son en muchos puntos diversos

y antitéticos, sea en el método, sea en el contenido, pero no obstante, van á dar todos ellos en el monismo de la experiencia y del fenómeno, llegando todos á un resultado común, al realismo fenoménico, como quiera que procedan y cualesquiera que sean las vistas particulares y los expedientes lógicos particulares que usen para sostenerlo; expedientes que van desde la dialéctica *á priori* de los unos al supino empirismo de los otros.

Pero la filosofía no es sólo doctrina especulativa, sino también, y señaladamente, doctrina normativa, siendo ella quien dicta las leyes de la conducta humana. Ahora, en el dominio de la moral parece que el dualismo del fenómeno y del ser que se traduce en el de lo real y lo ideal, sea algo menos fácil de resolver ó de conciliar dialécticamente. Tal dualismo está implícito en la noción misma de la norma; el deber ser no es el ser del hecho, no es el ser sucedido, no es el poder ser. Pero la lógica de la experiencia procede imperturbable, y la filosofía contemporánea trata por todos los medios de excluir del dominio de la ética al dualismo que ha excluido ya del de la especulación. Conciben unos la filosofía moral como una ciencia meramente descriptiva de los fenómenos de la conducta; deducen los otros la noción del deber ser de los mandamientos de los poderes positivos, que no son conocimiento de la razón ni deliberación de la voluntad, sino hechos de experiencia y coerciones del arbitrio; suponen otros terceros que la misión de la ética consiste en formular

una serie de juicios sobre las relaciones morales, ó en investigar las leyes empíricas de la conducta, haciendo invadir asi á la moral el terreno de la especulación donde se halla ya entronizado el realismo. Aun aquí, á través de las diferencias particulares de esas doctrinas, se descubre el fin común á que tienden: elevar á sistema la identidad del ser y del deber ser, y atribuir á los motivos empíricos de las acciones el valor objetivo é ideal que la filosofía pone en la norma racional de la acción; bien que se llegue á ese fin por diversas vías, y al parecer contrarias, que van desde las sutilezas de la psicología de la asociación hasta el rudo materialismo de la fuerza.

Si esta orientación filosófica tiene que reflejarse en la filosofia del derecho, facil es prever como se irá ésta modelando á nuestra vista. Rechazará ella el dualismo del derecho positivo y el derecho natural porque la filosofia le ha enseñado á rechazar el dualismo entre lo sensible y lo inteligible, entre el fenómeno y el ser; asumirá á su oficio el conocimiento y la elaboración puramente técnica y formal de las instituciones jurídicas existentes en sus condiciones empíricas del tiempo y del espacio, y renunciará á la posibilidad de conocer el *substratum* de lo existente, la eterna é infinita sustancia que permanece inmovil, por debajo de las cosas mudables y contingentes. Y también en ella esa afirmación y esa negación, la afirmación de la objetividad exclusiva del fenómeno jurídico, y la negación de la realidad objetiva de la

idea jurídica, no es la consecuencia de un examen sereno y riguroso, sino una premisa aceptada *á priori*; no una prueba, sino una petición de principio.

No otra cosa será para ella el derecho natural; porque ha circunscrito antes la categoría de la existencia en límites tales que sólo cabe en sus ámbitos el derecho positivo. Y pues siendo insostenible el dualismo del ser y el deber ser, allí donde se haya eliminado el de lo sensible y lo inteligible, el del fenómeno y la sustancia, la filosofía del derecho, no satisfecha con haber dejado tan maltrecha su función teórica, renunciará también á la altísima misión de determinar las leyes de la conducta jurídica. El dualismo, que creíamos irreductible, entre las normas del poder coactivo y las del derecho natural, se verá resuelto por fuerza en el monismo, ó sea en la noción absoluta del derecho positivo.

También á ese resultado se llega por diversas vías: los unos excluyen explícitamente la noción del derecho natural ó lo interpretan como una forma de alucinación psicológica; los otros se empeñan en identificarlo por medio de una dialéctica *a priori*, con el mismo derecho positivo; sin que esas diferencias sean empero óbice para que se perciba y distinga el principio común que las anima.

El convertirse el realismo filosófico en realismo jurídico se remonta más allá de la segunda mitad del último siglo. Exprésase ya claramente

en la doctrina de Herwart. Las ideas y los tipos morales son para él hechos, la base, el *Grund* del derecho positivo; de modo que sin ellos carecen aquellas ideas y tipos morales de valor objetivo y de capacidad autónoma. Ellos no dominan, pero necesaria y efectivamente sostienen á ese derecho, y son menos una norma del deber ser que una representación conceptual del ser ó del haber sido. La idea modelo de la justicia no es ya para ese filósofo una ley de la conducta, sino un criterio del juicio de los fenómenos de tal conducta, y no una regla ética, sino un tipo estético, que como tipo tiene valor estético y no práctico, y como estético significado subjetivo y no objetivo. Pero la unificación del derecho positivo y del derecho natural se indica más expresamente en el sistema de Schelling y en el de Hegel, presentándose como la expresión legítima de la dialéctica *a priori* de lo real y lo ideal.

El panteismo, que es la fórmula de esos dos sistemas, se traduce precisamente en esa unidad consustancial de lo finito y lo infinito, de lo racional y lo empírico, del ser y el deber ser. Enseñaba la metafísica que esa serie de términos irreductibles entre sí, no son contradictorios sino correlativos. El pensador puede y debe, pues, reconocerlos como tales, sin empeñarse en la absurda tarea de eliminar contradicciones que verdaderamente no hay. El dualismo del derecho natural y del derecho positivo no es opuesto á las leyes de la lógica

ni al principio de contradicción. Esos derechos precisamente porque expresan relaciones diferentes de una cosa idéntica, pueden coexistir sin destruirse. Pero el panteísmo no se para en estas razones, sino que, confundiendo lo correlativo con lo contradictorio, sintetiza *a priori* ambos términos en uno solo, lo que es tanto como suprimir uno en beneficio del otro. Para él, el derecho positivo es, pues, la sola realidad objetiva y la sola idea real, siendo vano sostener la existencia de un dualismo lógico no comprobado por la historia. El derecho positivo no tiene enfrente un derecho natural, porque él mismo es un derecho natural. En el fondo de esta doctrina hay una presunción optimista. Se da por supuesto que el derecho positivo es siempre el único racional, una hipótesis pietista de la realidad existente; una especie de desarrollo histórico de ese espíritu inconsciente de adoración á la Naturaleza que animaba al hombre primitivo, y al mismo tiempo la impresión de ese simbolismo romántico que, ansioso de adormecer las luchas del pensamiento en la calma del sentimiento satisfecho, transfigura la realidad, por la necesidad de convertirla en encarnación sensible del ideal previamente concebido.

Este culto del derecho positivo insinuado por la dialéctica hegeliana, no es por otra parte, en su origen al menos, mera hechura del pensamiento de un hombre, sino más bien un fenómeno de psicología colectiva, un instinto del alma popular. Puede ser, y aun ciertamente es, resultado de esa in-

tuición panteística del universo que hay en el fondo recóndito de la conciencia germánica, que dominada siempre por cierta tendencia ideal hácia una síntesis espontánea y *a priori* de los discordes aspectos de la existencia, se nos muestra en todo siempre sedienta de conciliar en el terreno de la intuición y de la experiencia, la lucha eterna que hierve en su seno entre lo ideal y lo real. Ningún pueblo tanto como el germánico busca con tanta penetración transcendental la solución de los problemas del universo, ni formula con tanta audacia especulativa y tanta pertinacia de lógica las más temerarias y en la práctica, más peligrosas soluciones; pero al mismo tiempo ningún pueblo posee tan agudo, tan vivo, ese sentido de coherencia con el mundo real; ese sentimiento de unidad espontánea é indeleble y de penetración recíproca y perenne entre lo interno de la conciencia y la realidad de lo externo; entre el pensamiento y la vida; entre la idea y el hecho; entre el alma individual y la colectiva; ningún pueblo en suma, posee tan tenaces esos sentimientos claramente definidos ó vagamente delineados que se introducen en la conciencia y que hacen que eche sólidas raíces en ella la disposición secreta á la dialéctica panteística de lo ideal y lo real. Esa conciencia lleva en si las trazas de un dualismo, pero de un dualismo ya compuesto, sosegado, libertado de una intuición primitiva de la sensación. Antes que la reflexión, que no puede adivinar sus remotos orígenes, que no puede explicar y concebir aquella elisión primitiva de un primitivo dualismo, esa

conciencia se manifiesta originaria y empíricamente monista. Esa síntesis de lo real y lo ideal, eminentemente espiritualista en el contenido, es ciertamente muy otra cosa que la apoteosis del mundo existente, que el panteismo traducido en las fórmulas materiales de la reflexión filósofica. Pero la ciencia que analiza, que descompone y recompone á su antojo, que manipula, que fuerza la síntesis de la conciencia, mata de un golpe aquel hálito de idealismo espiritual que la vivificaba, y convierte en las estrecheces de un realismo superficial, material, dogmático, lo que era armonía ideal y dialéctica. El espíritu eminentemente disolvente del análisis, perjudica á la intuición especulativa de una conciencia virgen; la indagación *a posteriori* hace que se fije la mente del pensador en el hecho brutal y escueto, en el derecho del poder positivo, y la desvía de la visión de aquella idea, de aquel *a priori* que comprendía al hecho mismo, que lo calificaba y legitimaba como hecho, lo ennoblecía y lo transfiguraba. Sólo que esta deformación que el pensamiento analítico del filósofo imprime al panteismo del alma popular, no impide que entre esta conciencia y aquel pensamiento haya siempre como una secreta afinidad; verdadera fuente, de donde el monismo realista saca vigor de colorido y eficacia de propaganda.

*
* *

Estos son, pues, los principios y los criterios que la filosofía contemporánea transmite á la filosofía

del Derecho; principios y criterios que debían corresponder admirablemente con los ya difundidos y autorizados entre los filósofos juristas por la *escuela histórica* que precisamente representa ese último anillo de la tradición interna de la filosofía del Derecho á que antes nos referimos. La idea profunda y primaria y el interés supremo de la escuela histórica consiste en objetivar exteriormente el Derecho, en transferirlo al círculo de la evolución psicológica é histórica, en derivarlo de una fuente positiva, el espíritu popular, *Volksgeist*, espíritu popular que se representa como el único manantial originario (*Urquelle*) del Derecho, y su contenido como único criterio moderador de los juicios sobre la objetividad de los fenómenos del Derecho mismo. La naturaleza espiritualista, romántica, sentimental, simbólica, de esta fuerza activa, operadora, del espíritu popular, que promueve, ó se presume que promueve, la evolución jurídica, no excluye ni atenúa la índole eminentemente realista del criterio fundamental de la escuela histórica.

La posibilidad racional de un derecho que no sea ese que surge de las misteriosas profundidades del espíritu popular, está excluída de una doctrina que ha encerrado ya *a priori* todas las nociones posibles del derecho en la representación empírica del proceso productivo del espíritu popular. Cierto es que esta escuela toma de la metafísica (sin cuya ayuda nunca alcanzaría, como luego veremos) la hipótesis de un enlace causal de los períodos sucesivos del tiempo; y también es verdad que esa

hipótesis podría preservarla de caer en los extremos del realismo, porque representa la noción del *substratum* que las generaciones sucesivas se transmiten, y que es distinto del patrimonio caduco de cada generación. Pero el realismo y el empirismo radican en la naturaleza misma del concepto histórico, ó por decirlo así, en la misma exclusión sistemática de la especulación sobre aquellos objetos no sometidos á las condiciones de tiempo y espacio, ó sea, á las condiciones históricas. Para el concepto histórico, si ha de ser lógico y coherente, todo momento del tiempo es un hecho cumplido, un ser autónomo y subsistente. Si lo pasado vive necesariamente en lo presente, es, pues, lo presente, y siempre lo presente, el objeto del estudio y de la investigación; la relación de lo presente con lo pasado no es ya conocimiento metafísico sino inducción fundada en las condiciones empíricas de lo presente. También la tendencia presuntiva de las generaciones hácia un ideal jurídico que sería como un proceso de aproximación indefinida al derecho natural, se sale de los límites propios del concepto histórico, y entra de lleno en la esfera de esa metafísica y de esa teleología cósmica que se repudia.

Es un error grave creer que la embriología de la vida coincida con la dialéctica de la razón; la historia *ut sic* no tiene otra lógica (y digo lógica en el sentido riguroso de la palabra) que aquella que un erróneo y falaz determinismo ha querido prestarle. Quien se inspire en el concepto histórico no

puede pues salirse del realismo y del empirismo. Transformará á lo sumo el *essere* del derecho natural en el *tendere ad essere* de la evolución histórica, y el deber ser de las normas del derecho natural en la conformidad del ser y del haber sido de la filosofía del derecho positivo, pero en ambos casos niega por la fuerza de las cosas el derecho natural; en el primero como sustancia, en el segundo como necesidad moral, no saliendo nunca, por más que haga, de los límites de la experiencia y del realismo.

*
* *

Después de haber trazado en sus líneas fundamentales el origen y la tradición ideal de la filosofía jurídica dominante hoy en Alemania, no es difícil descubrir cuales deben ser y cuales son sus tendencias.

Propónese allí la filosofía del Derecho no ya conocer los principios universales y necesarios del Derecho, sino las causas efectivas de la formación histórica del Derecho. Fórmanla no una serie de principios aplicables á todas las formas y á todos los momentos reales del Derecho, sino ese conjunto de factores concretos que determinan cada una de esas formas y cada uno de esos momentos como fenómenos de sucesión histórica. No satisface al interés dialéctico unificando determinados principios racionales en un principio simple, pero nutrido de idealismo, en que estén virtualmente comprendidos, (en un *universal ontológico)*, sino resu-

miendo los motivos de hecho que presiden el nacimiento y desarrollo de los fenómenos jurídicos en un motivo formal más amplio que los abarca, en una forma genérica que los representa en especie de unidad conceptual, (en un *universal lógico)*. Su método es una generalización más ó menos refinada del método histórico, y su contenido es el mismo material histórico del Derecho. Si los coeficientes empíricos permiten, hasta y donde, descubrir á través de su multiplicidad y movilidad un *substratum* permanente, un absolutamente *prius* existente antes que ellos y coexistente con ellos, esa filosofía ni lo propone ni lo indaga. Tampoco es problema para ella si estos coeficientes empíricos contienen en sí, y hasta donde, un valor ideal y están conformes con las nociones racionales del Derecho; porque ha excluído *a priori* la posibilidad del planteamiento de tal problema. Ella es explicitamente dogmática en sus procedimientos, limitándose á buscar el dato positivo, y excluyendo y condenando por anticipado como ilegítima, cuando no como absurda, toda investigación que se proponga discernir las predisposiciones subjetivas y las condiciones objetivas que existen antes que el dato positivo, y lo hagan posible. La vieja teoría *tabula rasa* es para ella un dogma que transfiere de la teoría del conocimiento á la historia de la evolución jurídica; de la ideología á la sociogénesis.

El problema científico de la filosofía del Derecho—determinar si es posible le existencia efectiva

de un derecho anterior á una especulación y, lo que más importa, de una conciencia jurídica—no lo discute, porque lo tiene por inconcebible. En pocas palabras, no es ella rigurosamente hablando una filosofía, sino una *fenomenología* del derecho. Es esencialmente empirismo no enteramente destituído de pretensiones filosóficas ni tampoco de cierto aparato especulativo, ó mejor dicho, trascendental; empirismo al cual el conjunto ingente de los hechos, y el refinamiento de la argumentación inductiva permiten ostentar cierta dignidad filosófica; empirismo transferido desde el estrecho círculo del fenómeno individual á la región mucho más amplia y rica en contenido psicológico de los fenómenos colectivos y de su sucesión histórica; empirismo mucho más fino y elevado y persuasivo que el viejo sensualismo, pero empirismo siempre, y por consiguiente, exclusión más ó menos explícita de la misión teórica y de la misión práctica de la filosofía del Derecho.



SECCIÓN PRIMERA

FENOMENOLOGÍA DEL DERECHO

CAPÍTULO I

Razón de ser de la fenomenología en la mente de sus tratadistas-Ad. Merkel.

Para que la fenomenología del Derecho pueda aspirar con razón al nombre de ciencia y de filosofía, debe ante todo poder prevenir y resolver una doble serie de objeciones: unas que pueden dirigirse contra ella fundadas en la lógica del mismo empirismo; otras en la Metafisica. Pueden resumirse así las primeras: Si la filosofía del Derecho aspira á dar fundamento sólido á los hechos que constituyen su doctrina, tiene que encerrarse rigurosamente en los límites de esos mismos hechos, renunciando á la ambiciosa y arriesgada pretensión de hacer de ellos una síntesis é integración filosófica, reduciendo á una fórmula unitaria y genérica la multiplicidad y variedad nativa del ma-

terial empírico. No puede aspirarse á sujetar á una ley lógica universal lo particular y heterogéneo de las cosas, desfigurándolas y violentándolas, sino que hay que limitarse á acopiar hechos, á analizarlos, á exponer fenómenos y casos particulares, sin otra labor que la indispensable para conocer toda la serie de los fenómenos, ó sea, la labor conceptual y técnica.

Las objeciones fundadas en la Metafísica se expresan así: La fenomenología del Derecho, por sintética que pretenda ser, y por abstractas que sean las fórmulas conceptuales que resumen los factores concretos de la evolución jurídica, no alcanzará nunca aquella síntesis y universalidad que diferencia las nociones de la filosofía de las de la experiencia; porque aquello que en ella se califica de síntesis, es no más que una yuxtaposición ó simplificación conceptual de hechos; no siendo lo que se llama universal un principio ontológico que verdaderamente rija y gobierne la multitud de fenómenos particulares, sino solamente una generalización lógica y formal de los fenómenos mismos; porque esa pretendida fórmula genérica es signo común de varios casos particulares, pero no una noción substancial y común á todos los fenómenos.

Un verdadero y propio tratado preliminar de la fenomenología del Derecho, en el cual descanse esa ciencia sobre argumentos sólidos y profundos, en que las dichas y otras semejantes objeciones sean seriamente expuestas y discutidas, no es

fácil hallarlo al presente, y menos en Alemania que en ninguna otra parte; porque el dogmatismo que caracteriza á su sistema doctrinal no consiente á los que á su cultivo se dedican un exámen que se traduciría en una revisión crítica de su método y de su criterio fundamental.

El interés, antes científico que filosófico, y antes empírico que científico, que mueve á los *fenomenólogos;* la naturaleza, todavía más irreflexiva de sus argumentos; la misma mal entendida y peor aplicada división del trabajo, que domina en este como en otros ramos del saber, excluyen la posibilidad de un estudio sistemático y consciente de los primeros principios fundamentales: del *ubi consistam*. Ocupan el lugar de una propia y verdadera doctrina, ideas individuales y fragmentarias, con frecuencia sagaces y sugestivas, pero que, por otra parte, pertenecen más á una doctrina en formación que á una doctrina ya hecha; más á una intuición personal de los problemas científicos que á una intuición colectiva, que á una escuela. La crísis porque pasa hoy en todas partes en el común sentir la filosofía del Derecho (1) no podía dejar de presentarse en Alemania, y todavía con caractéres más agudos, por la grave dificultad en que tienen que verse sus filósofos juristas para llenar el vacío abierto en el pensamiento germánico por la supresión prematu-

(1) Son muchos los que han tratado sobre el particular, siendo digno de especial mención Vanni:—«El problema de la filosofía del Derecho canónico».—Verona, 1890.

ra y violenta de la luminosa tradición especulativa del idealismo y del derecho natural.

Entre las obras dedicadas á la investigación fundamental de la fenomenología del Derecho las más notables son un ensayo que publicó Merkel, en la *Revista de Grünhut* y otros escritos del mismo autor. (1).

Intenta ese sabio armonizar la antítesis de la ciencia positiva del Derecho y de la filosofía del Derecho propiamente dicha, en una *ciencia general del Derecho*, que como ciencia—al parecer del autor—es al mismo tiempo filosofía, y como ciencia de los fenómenos del Derecho tiene índole eminentemente positiva. Este acuerdo entre el aspecto positivo y el filosófico de la doctrina del Derecho; entre la investigación de los fenómenos particulares y la discusión de los problemas de índole universal, parécele oportuno á Merkel en el presente momento científico. Cree que la necesidad de reunir los conocimientos particulares de una ciencia en una doctrina homogénea que reduzca á un orden y á un sistema lógico las percepciones de los fenómenos aislados, se ha hecho mucho más intensa

(1) El ensayo á que en el texto se alude es el siguiente: "Ueber das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur-positiven-Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Theil derselben", en la Zeitschr. f. d. Privat-n öff Recht-I Bd. S. 1-10; S. 402-421.

Recuerdo estos otros escritos suyos: "Ueber den Begriff der Entwicklung in seiner Anwendung auf Recht u Gesellschaft (ibid III, S. 625 y siguientes: IV. S. 1 y siguientes) Recht.

desde que el estudio de los dichos casos particulares ha adquirido tan grandes proporciones, concurriendo á hacerla más urgente el mismo gran valor que atribuye la filosofia contemporánea á la observación y á la reunión de los datos fenoménicos. Más que la vocación subjetiva del pensador, el proceso impersonal y lógico de los estudios, hace que pronto ó tarde problemas de índole general surjan espontáneamente de la investigación practicada con mayor profundidad y ahinco, despertando la necesidad de someter á examen aquellos conceptos recibidos como firmes y sólidos, sin que se hubiese ocurrido indagar el cómo y por qué de ellos.

Un doble movimiento espiritual se esboza en los procedimientos de toda ciencia: una latitud progresiva y una unificación de la parte progresiva de los conocimientos. La exigencia de un lazo sistemático, que ligue entre si á los casos particulares, se auna con la de extender el conocimiento de esos mismos casos particulares. Este movimiento centrípeto no es sólo científico sino también filosófico, y su término final es eliminar las relaciones causales y recíprocas de los fenómenos particulares, y reunir éstos en una unidad viviente, en una totalidad orgánica, gobernada por una ley interna y autónoma. La filosofía no es así sino un elemento, el más general, de la misma actividad científica, y, como tal, es inseparable de la ciencia.

El problema de si ese elemento está ó no excluído de la esfera de la jurisprudencia, es idén-

tico al de si la jurisprudencia es ó no una ciencia (1).

Merkel interpreta así y hace entrar en la esfera del Derecho el programa de lo que llama *filosofía científica*; programa en que se reproduce la doctrina comtiana de la unidad metódica y de la homogeneidad doctrinal, y que transfiere al orden de los conocimientos el doble movimiento rítmico de la teoría de la evolución: programa que consiste en identificar la ciencia con la filosofia y la síntesis científica con la síntesis filosófica, y que representa el fin legítimo de una filosofía que habiendo ensalzado á doctrina universal la hipótesis de la identidad cualitativa de los órdenes diversos de los entes, debía profesar necesariamente en el orden ideológico la unidad sustancial del proceso cognoscitivo. La *filosofía científica* es un corolario, ó á lo menos, un equivalente psicológico de la hipótesis monista, lo que es á un tiempo el secreto de su éxito en el presente *demi-monde* científico, y el de su deficiencia filosófica; porque verdaderamente su alcance es puramente dogmático y su valor arbitrario, mientras no se afirme sobre sólido fundamento la autoridad de esa hipótesis. La identidad de la síntesis científica y de la síntesis filosófica es, en el ensayo de Merkel, una petición de principio: la síntesis científica es síntesis filosófica sólo porque él ha concebido previamente que la sínte-

(1) Grünhut's Zeitschrift I. Bd. S. 1-6.

sis filosófica no podía ser sinó una síntesis científica.

En torno á esa petición de principio giran todos sus razonamientos acerca de las relaciones entre la ciencia positiva y la ciencia filosófica del Derecho. Ambas concurren, según dice, en la ciencia general del Derecho (*Allgemeine Rechtswissenschaft*), y tienden á confundirse en ella; no habiendo ciencia del Derecho que no sea á la par filosofía y viceversa. Huelga el aditamento de *positiva* que se suele añadir á la ciencia del derecho por opuesto al de *filosófica.*

Ese calificativo podía tener razón de ser y la tenía efectivamente en aquel periodo de la evolución del pensamiento humano en que la ciencia positiva y la filosofía marchaban aisladamente cada una por su camino; pero no en el presente, en que ha llegado al punto de madurez suficiente para comprender el maridaje entre ambas.

En las fases menos recientes de la evolución jurídica, podían cumplir su misión la teoría y la práctica; podía aplicarse el Derecho á las relaciones de la vida sin urgente necesidad de situarse en puntos de vista generales y sintéticos, porque tan poco desarrollo tenía y tan sencilla era la vida como el derecho; pero con el progreso de la evolución han progresado y se han complicado la vida social y el Derecho; la práctica está cada día más estrechamente enlazada con la teoría, y la necesidad de puntos de vista generales para los casos prácticos se ha hecho tan imperiosa, que ha habido que

elevarse á la amplia región de las ideas generales y abstractas para poder formular leyes típicas y universales. Así sucede que en virtud del proceso espontáneo de las cosas, los fines prácticos se han ido aproximando tanto á los viejos fines de la filosofía del Derecho, que ambos han venido á convertirse en la misma cosa. El momento de su coincidencia marca el término de la misión histórica de la filosofía del Derecho como metafísica y el triunfo de ella como ciencia. Así como á la antigua filosofía de la Naturaleza sucedió la ciencia natural positiva que no se extralimita más allá de la investigación de las causas de los fenómenos, así á la filosofía especulativa del Derecho es justo que suceda la ciencia general del derecho, la cual se propone la elaboración dogmática y la explicación histórica de los mismos fenómenos jurídicos y de sus nexos causales. La primera tenía su término fuera de la jurisprudencia, esto es, fuera del orden de relaciones que ella rige, mientras que la segunda tendrá por criterio directivo las mismas nociones ó conjunto de nociones que la jurisprudencia, y sus mismos fundamentos históricos.

El procedimiento deductivo que da una intuición sintética de la vida y del universo derivada de los puntos de vista universales y transferida á un orden particular de hechos, no proporciona á la larga seguridad al pensador que á él recurre; porque cuanto más éste se aleja de lo universal y más desciende á la investigación de lo particular, tanto menos apta es aquella intuición sintética para ilus-

trarlo acerca de la verdadera naturaleza de las relaciones complejas de los hechos cuya investigación se propone, y tanto más se hace imperiosa la necesidad de recurrir al procedimiento inductivo.

Sólo bajo una condición—prosigue Merkel—puede sostenerse el dualismo de la jurisprudencia y de la filosofía: la de que la unidad sustancial del Derecho se descomponga en sus elementos: la idea y el fenómeno, el contenido y la forma, haciendo de la idea y del contenido el objeto de la filosofía, y del fenómeno, y de la forma el objeto de la jurisprudencia; en el cual caso, empero, el derecho no sería ya objeto de ciencia, porque no sería ya una sustancia, quedando rebajadas de categoría la una y la otra disciplinas, porque no tendría ninguna de ellas por objeto el Derecho, sinó solamente uno de sus elementos. Precisamente este proceso de descomposición de la unidad sustancial del Derecho, ha hecho posible el dualismo de la filosofía y de la jurisprudencia. La autonomía de la filosofía del Derecho se funda en el aislamiento del elemento ético del Derecho del elemento económico, elevando el primero á la categoría de especulación independiente. Pero queriendo abarcar en toda su sencillez la naturaleza del Derecho, no dividiéndola por medio del análisis conceptual, es preciso profesar abiertamente la *ciencia general del Derecho,* única doctrina jurídica legítima como doctrina sintética, por ser la única que encierra en sí la totalidad y la unidad de los aspectos del Derecho. Ni tampoco puede sostenerse de otro modo

el caracter autónomo de la filosofía especulativa del Derecho respecto á la jurisprudencia, dando á la primera por base los principios generales del orden jurídico y á la otra las leyes efectivas de una determinada sociedad en un determinado momento histórico. Porque el fundamento del orden jurídico en sí es uno mismo que el de un orden jurídico particular, no siendo lo universal una sustancia ó una cosa por sí misma, sino un elemento de lo particular. (*) Ni puede ser objeto de la filosofía el construir un mundo jurídico diverso del que de hecho existe. Ella, como la ciencia, comprende el mundo tal como es, sin importarle como debiera de ser. (**)

Nuestro problema está en indagar la función efectiva del Derecho, el verdadero origen de esa fuerza. Cual concepción ideal de esa función y de ese origen nos exijan las necesidades de nuestra conciencia moral, no nos importa saberlo. Debátase la cuestión si se quiere; pero bajo la condición de que las especulaciones no invadan el verdadero terreno de la filosofía del Derecho: *das Verständniss und geistige Beherrschung des Rechts der Wirklichkeit.* Y en verdad, la falta de esa indispensable separación metodológica entre el aspecto positivo y el aspecto racional de lo que es y lo que debe de ser, es lo que aleja la solución del problema científico del Derecho.

(*) Ibid-S 408-416.
(**) Ibid-S. 418.

Lo que investigamos es la fuerza impulsiva interna de las creaciones jurídicas. *Wir... suchen die treibende Macht in den Rechtsbildulgen an der Art ihrer Wirksamkeit und an den im Lichte einer vergleichenden Ent-wicklungsgeschichte hervortretenden Factoren ihrer Gestaltung und Fortbildung zu erkennen.* (1).

Donde, por otra parte, se quiera reconocer á la filosofía del Derecho un oficio normativo, aparte de otros, no debe olvidarse que sólo puede cumplirlo encerrándose en los límites que como ciencia le están asignados. Los motivos prácticos y finales de la conducta no se salen de la experiencia del mundo existente. Y la investigación del Derecho positivo nos revela hasta qué punto pueden desarrollarse el derecho y las normas jurídicas, qué direcciones de ese desarrollo deben favorecerse y cuales otras desviarse ó suprimirse. La noción del deber es una consecuencia del juicio sobre el ser, y que entra por consiguiente en la esfera señalada á la ciencia del ser.

Así como de la misma observación de los hechos relativos al hombre sano y al hombre enfermo deduce el médico la constitución normal del organismo humano, así deduce el filósofo jurista de la observación de los ordenes jurídicos particulares é históricos el orden jurídico normal. Porque á la observación de los hechos y sólo á ella debemos la facultad que tenemos en nosotros mis-

(1) Ibid: 79.

mos de concebir y bosquejar las formas ideales que representan el desarrollo hipotético de un dato complejo de fuerzas en las condiciones más favorables, las cuales adoptamos como criterio para apreciar el desarrollo real de las mismas fuerzas bajo la influencia de condiciones históricas determinadas. Sin duda el orden jurídico existente no llena el objeto ideal del derecho; los principios que satisfacen á un tiempo nuestros intereses y nuestro sentido moral no han obtenido plena efectividad ni en el Derecho, ni en la conciencia del presente. Satisfacer ese objeto, sacarlo de la conciencia del presente, en el fondo de la cual se encuentra en estado latente y como escondido, puede lograrlo la filosofía del Derecho, pero á condición de conocer y comprender esa conciencia y de no salirse de los límites de la realidad. (1).

Esta es la teoría de Merkel: la que según los casos puede llevar á un empirismo filosófico y ecléctico ó á un empirismo puro y explícitamente extraño á la filosofía; representando fielmente como tal empirismo la contradicción interior de la filosofía científica y de la fenomenologia filosófica, como veremos en el curso del libro, separando las doctrinas y criterios del término lógico. Sin anticipar una crítica que surgirá espontáneamente del desarrollo de nuestra exposición y de nuestro exámen, y que el análisis de los mismos descalabros

---

(1) *Grünhut's* Zeitschr: S. 418-419.

experimentados por la fenomenología del Derecho vendrá integrando, séanos lícito todavía formular anticipadamente algunos juicios acerca de estas ideas fundamentales de Merkel, que no nos parece que basten á legitimar ni la exclusión que hace de las funciones teóricas de la filosofía especulativa del Derecho, ni la inclusión de sus funciones normativas en el estrecho circulo de la fenomenología y del realismo. Ese dualismo que pretende destruir de la filosofía del Derecho y la jurisprudencia es indestructible, como lo es el de la causa y el fenómeno, el de lo racional y lo real; indestructible como forma del pensamiento, por estar uno de esos términos ligado con el otro por vínculo de asociación lógica; indestructible como hecho y como objeto real, por ser ambos términos correlativos y no contradictorios. Ahora bien, la contradicción la resuelve el pensamiento, que tiene el deber de resolverla, (en lo que tenía plena razón Herbart); pero la correlación es evidente; resolverla equivale á transformar en idea la sustancia, ó, lo que es lo mismo, á forjar á capricho la realidad de las cosas.

El predicado «positivo» es, pues, legítimo como correlativo del otro «racional y filosófico» sin decir que las palabras «positivo, proposición» tengan el privilegio, como pretenden los que profesan el criterio histórico evolutivo, de significar la génesis del derecho real, de marcar el momento en que desembarazado ese derecho del lastre del pasado se ha convertido en espiritualizaciones de-

licadísimas del pensamiento á las que la expresión «derecho vigente» no asigna límites.

El procedimiento de aproximación histórica de la práctica á la filosofía es, sin duda, un fenómeno de la evolución jurídica, que implica, por otra parte, la necesidad cada vez más imperiosa en que la práctica se ha visto de apelar al auxilio de la filosofía; no que la práctica se haya vuelto filosófica por una espontánea elevación de miras *ab intus*. Si la complicación de las relaciones sociales multiplica las dificultades de la pràctica, mal podría suceder que pudiera ésta crear *ex nihilo sui* el contenido filosófico que necesita. Debe siempre tomarlo prestado de la filosofía, y ésta haberlo sacado de otra parte que de la misma materia de la práctica. El contacto de la filosofía del Derecho con la jurisprudencia, y del pensamiento con la experiencia de las condiciones reales, proceden más frecuente é íntimamente con la marcha de las cosas: la pretensión de establecer *á priori*, no ya las reglas jurídicas, sino las mismas relaciones sociales, ó sea la materia de esas reglas (pretensión que, si verdaderamente se ha realizado en el sentido riguroso de la palabra, forma parte del elemento falaz y caduco de tales ó cuales formas de la vieja filosofía del Derecho) cede el lugar á la observación objetiva de aquellas relaciones en el terreno de los hechos. Pero esa benéfica reciprocidad de influencia de la filosofía y la jurisprudencia está tan distante de significar identidad entre la una y la otra, como enmendando lo que haya de unilateral y defectuoso en cualquiera

de ellas donde obre completamente aislada de la otra, es apta para probar la consistencia científica y la condición autónoma de ambas. La labor especulativa es sin duda cosa distinta de la investigación positiva; pero el modo más natural y lógico de conservar la distinción entre ambas está justamente en no proclamar su identidad.

La filosofía no ha confundido los términos del problema, como piensa Merkel con extraña incoherencia; muy lejos de confundir lo relativo con lo absoluto, el hecho con la idea, lo que es con lo que debe ser, la razón de su existencia, su *titulus juris* está precisamente en proclamar abiertamente el dualismo de lo uno y de lo otro. La confusión de los dos términos de la relación en uno; de la existencia empírica con la existencia metafísica, de lo empírico con lo racional, es error que hay que achacar al realismo, no á la metafísica; á la *allgmeine Rechtslehre*, no á *Rechtsphilosophie*. La filosofia no excluye la legitimidad de otras investigaciones; se reduce solamente á exigir que no se niegue ó limite arbitrariamente la suya.

Ni tampoco en estos procedimientos autónomos de la filosofía y de la ciencia del Derecho, propiamente dicho, va descompuesta la unidad sustancial del Derecho, á menos que no se quiera formar de esa unidad un concepto puramente empírico y cuantitativo. El análisis y la abstracción conceptual, que son los procedimientos naturales de la ciencia humana, descomponen lógicamente la unidad sustancial del objeto en la inteligencia del

investigador, pero están muy lejos de descomponerla objetivamente. Deducir de la descomposición lógica una descomposición real, es error del pensador que traslada el fenómeno subjetivo que se le representa á la realidad objetiva externa, y que convierte la relación lógica en una relación real, pero no del análisis ni de la abstracción intelectiva, que son condiciones y procedimientos comunes á todas las ciencias; porque en toda forma de ciencia la síntesis refleja (ya veremos después porque no es lo mismo que la síntesis intuitiva y espontánea), es una reconstrucción de ambas en conjunto, precedida y hecha posible por el análisis de sus elementos. Las ciencias de la Naturaleza descomponen (valiéndonos del lenguaje impropio de Merckel) la unidad del cosmos, como las ciencias del espíritu descomponen la unidad de la conciencia y de la persona moral. ¡Tanto valdría así, en homenaje á un excepticismo irracional y arbitriario, hacer el proceso á todos los conocimientos humanos! El especialista yerra ciertamente cuando saliéndose de los límites de su investigación particular, se eleva á conclusiones sintéticas y universales sobre la naturaleza del objeto, basándose solamente en los resultados exclusivos de su estudio y no teniendo en cuenta los de otros estudios de otros aspectos del objeto. Pero no obra en perjuicio del fin objetivo de la ciencia lo que es consecuencia de una desgraciada vocación subjetiva de sus cultivadores; prescindiendo de que el error que afecta á conclusiones que se salen del círculo limitado de la disciplina, no alcan-

za á las doctrinas que están dentro de ese círculo y que son precisamente el contenido específico de la disciplina misma, ó sea, aquello que tiene que tener en cuenta quien quiera formular un juicio sobre ella.

El error de los racionalistas del *Naturrecht* que examinaremos más detenidamente en su lugar, no consiste en haber aislado los aspectos de la ciencia jurídica (pues quien comprenda las exijencias cognoscitivas del espíritu humano más bien debiera aplaudirles ese procedimiento abstractivo si lo hubieran proseguido lógica y verdaderamente como se cree por los más), sinó en haber pretendido transferir de un golpe los datos particulares de su doctrina especulativa al mundo de la experiencia y de la realidad, sin tener para nada en cuenta las condiciones reales de este mundo ni la estructura de sus relaciones de hecho; condiciones y relaciones que podían y debían perturbar el proceso lógico, rectilíneo, apodítico de sus postulados racionales. Quien sale ahí malparada no es tanto la ciencia como lo que Schopenhauer llamaba arte, y que en realidad es bastante más que simple arte.

Quizás más bien que de error debe calificarse de laguna el defecto en que se incurre. Sea como quiera, la especulación dirigida hácia los principios universales del derecho, y hácia las reglas debidas de las relaciones posibles reveladas por la conciencia moral y deducidas de las tendencias necesarias de la naturaleza humana, no puede ser tildada de ilegitima, sólo porque una escuela, extra-

limitándose de su verdadera misión, y pasando de un salto desde la lógica á la historia, transporte sus nociones teóricas y sus reglas prácticas á los dominios de las relaciones reales, sin distinguir si la índole de estas últimas introduce en las nociones de las relaciones posibles algo de diverso ó de nuevo que el procedimiento de abstracción no había previsto ó había eliminado, y que si se hubiese sometido á examen habria introducido serias enmiendas en aquellas nociones y en aquellas reglas. La reprobación de un modo particular de la filosofía especulativa del Derecho, prescindiendo de hasta donde sea legítima esa reprobación, no lleva consigo, por la lógica de las cosas, la reprobación de todos los modos posibles de la filosofía misma.

La otra idea de Merckel de que la observación de lo particular lleva espontáneamente al conocimiento de lo universal, por ser lo universal un elemento de lo particular, está en contra de toda noción científica y filosófica del asunto. Lo universal contiene formalmente á lo particular y está tan lejos de ser una parte de ello, que más bien lo particular está con lo universal en la misma relación que el modo con el ser, que la cualidad con la sustancia. Las relaciones de lo universal y lo particular pueden ser concebidas de dos maneras, ambas igualmente filosóficas, formalmente hablando.

En un primer sentido, lo universal está fuera de lo particular y transciende sobre ello (que es el concepto que podríamos llamar platónico); en un segundo sentido lo universal está dentro de lo pari

ticular y, se entiende, dentro de toda la serie de los particulares posibles (y este es el concepto que podremos llamar aristotélico). En uno y otro caso, la relación entre los dos términos es cualitativa y no cuantitativa, filosófica y no aritmética, de caso á regla y no de parte á todo. Dejaremos también para más adelante investigar si lo universal puede ser conocido por la sola observación empírica de lo particular y sin ninguna idea preexistente en el pensamiento del observador; pero no podemos abstenernos de observar que quien considera lo particular como un todo de que lo universal es una parte, no solamente está fuera de los términos del pensamiento filosófico sino que comienza á estar todavía más fuera de los del pensamiento vulgar. Pero, más aún: ese modo de concebir lo universal es consecuencia ineludible de esa ciencia pseudo-filosófica, en boga hoy, que, inapta para remontarse á más altas regiones, desconoce otra manera de concebir y anudar las relaciones de las cosas que en la categoría más sensible, más aparente, más supinamente material de la cantidad. No sólo lo universal teórico, ó sea el sér substancial del Derecho, sino también lo que pudiera llamarse universal pràctico, ó sea la norma racional del Derecho, la deduce Merkel de la observación pura y simple de lo particular: del fenómeno jurídico. Afirma verdaderamente en breves términos la posibilidad ó más bien la necesidad de que el tipo ideal normal del Derecho sea independiente de la experiencia misma de la variedad jurídica. Ex-

plicaremos en su lugar cómo debe preceder necesariamente en la mente del sujeto á la observación, á la inducción y á la historia, una síntesis y una anticipación ideal, primitiva, espontánea del tipo y de la norma, una especie de vocación original de la conciencia hácia la una y la otra (sin la cual síntesis serían inconcebibles aquellas oper ciones del espíritu).

Y explicaremos, además, cómo la fuerza laboriosa, que fatiga à la evolución jurídica, es sin duda un objeto precipuo de la filosofía del Derecho; pero un objeto de índole filosófica y no positiva, y que exige la luz de la Idea, que alumbre y guíe al observador y al historiador á través del laberinto de los fenómenos. Veremos cómo la ciencia positiva se apropia sin darse cuenta todo un patrimonio de ideas depositado por la metafísica, y lo revuelve contra la legítima propietaria; procedimiento de apropiación, que es una necesidad indeclinable, á la que se somete toda forma de ciencia positiva, ya se refiera á la naturaleza ó al espíritu humano; porque la ciencia de la naturaleza presupone una filosofía de la naturaleza, y las ciencias morales y jurídicas una filosofía de la moral y del Derecho.

El conocimiento de lo que es parecerá una condición subjetiva necesaria para formular una conjetura sobre lo que tiende á ser, porque lo uno es correlativo de lo otro; pero será para nosotros muy otra cosa que una condición objetiva necesaria para conocer lo que debe ser; porque si el contraste entre el ser de hecho y el deber ser, aguza el

entendimiento y lo lleva á reflexionar sobre ello, ese contraste requiere precisamente que uno de sus términos, el deber ser, se contraponga al otro, al ser, y se origine de esa contraposición.

Por otra parte y sin anticipar la crítica que seguirá después, puede decirse aquí que la forma típica de que habla Merkel como quiera que se obtenga, es esencialmente teórica y analítica: expresa un juicio y no una regla, y desarrolla aquello que ya existe, sin producir lo que aún no existe y que se quiere que exista; como las ideas modelos herbartianas carece de todo valor ético y normativo. Juego ocioso de una abstración lógica, no afecta ni á la ciencia ni á la vida: á la una le dice lo que ya sabía, á la otra le niega lo que le exije por haberlo ya dado, y está lejano á la vez de la ciencia y de la conciencia.

CAPÍTULO II

Los principios sintéticos de la Fenomenología del Derecho

Asunto principal de la fenomenología del Dederecho es, como antes se ha dicho, el de reducir los coeficientes, los motivos reales del nacimiento y del desarrollo del fenóneno jurídico, á una forma ó categoría simple y primitiva; á un solo principio fundamental y sintético. (Introd). Ahora bien: esa fuerza ó categoría simple, ó ese principio sintético puede ser diversamente concebido; y no sólo según la vocación personal del pensador, sino además, y señaladamente, según los diversos aspectos que un orden de cosas tan complejo como el Derecho, aun encerrado en el estrecho circulo de la experiencia sensible, presenta espontáneamente al pensamiento del que se ocupe en interpretarlo. El Derecho es una *idea humana,* dice Vico; duplicándose por lo tanto su representación analítica, según se considere solamente su contenido objetivo ó su utilidad final, ó viceversa, la fuente subjetiva de que nace y se alimenta; su causa eficiente: la conciencia humana. El proceso fe-

noménico del Derecho puede ser interpretado bien como producto de una dinámica espontánea, interior, dialéctica del Derecho mismo, bien como producto de los impulsos, de los motivos que viven y se agitan, ó que se presume que viven y se agitan en el interior de los sujetos.

La fenomenología del Derecho se divide pues, es una doble serie de principios sintéticos, de fórmulas generales: la una que se atiene ó quisiera atenerse al contenido ó al proceso objetivo del derecho; la otra á la fuentepsicológica que lo determina ó que se presume que lo determina. Y digo doble serie y no doble principio, porque cada una de esas direcciones preliminares se especifica por su parte en nociones diversas según el diverso modo en que aquellas se representan el objeto y estas el principio subjetivo y activo del derecho. El substrato, la función, el término final del derecho será para los unos una *materia*, para los otros una *forma* lógica, ó bien ambas cosas á un tiempo; como fuente impulsiva y principio subjetivo será para los unos un impulso fisiológico; para los otros un motivo psicológico del hombre; sin que no obstante estas diferencias de las dos direcciones entre ellas y de las formas respectivas en que se divide cada una de ellas, destruyan la unidad del criterio común, el criterio del empirismo y del proceso fenoménico. La dialéctica transcendental que emplean á menudo varios de los tratadistas de fenomenología, no quita que la naturaleza de su asunto y que el interés científico que los mueve sea pura y simple-

mente empírico. Y lo que siempre tienen por punto de mira es el derecho y el modo de él que ha existido ó existe de hecho; y siempre es la causa, el motivo, el fin, el resultado real del proceso fenoménico de ese derecho la que se trata de indagar, de formular, de simplificar y de separar. Ciertamente todo problema del derecho fenoménico implica uno de derecho filosófico; la lógica de las cosas obligará á menudo á nuestros juristas filósofos á transportar á la fenomenología las exigencias y con frecuencia los datos de aquella filosofía que se lisonjeaban de haber absolutamente excluído. Así esa tácita, no confesada, ni de los màs siquiera advertida, penetración de la filosofía, es la grande y quizás única causa de vitalidad de la fenomenología, cuya vanidad y estirilidad nativa encubre. Pero á nosotros incumbe sobre todo el descubrir y poner en evidencia ese equívoco que tantos éxitos ha proporcionado al empirismo contemporáneo. Todo sistema, toda dirección doctrinal se juzga por lo que tiene propio ó por lo que procede de sí misma, no por lo ajeno que se apropia; otra cosa es adjudicarle méritos y cualidades que no le pertenecen. Y las afirmaciones lógicas del sistema, no la serie de las opiniones personales que se les sobrepongan ó que se enlacen con ellas, es lo que debe estudiarse. Ahora bien, esas afirmaciones son abiertamente empíricas, aunque no lo sean siempre y necesariamente aquellas opiniones. Seguir los principios sintéticos, las fórmulas conceptuales que en esas afirmaciones se contienen es en-

sayar á un tiempo el valor y el alcance del empirismo.

ARTÍCULO 1.° PRINCIPIOS OBJETIVOS Y DIALÉCTICOS DE LA FENOMENOLOGÍA DEL DERECHO.

1.° El principio de la *lucha* y del *fin utilitario.* R. v. Jhering.

Introduce Jhering en la representación del derecho fenoménico un elemento desconocido de la antigua escuela histórica: el elemento del esfuerzo y de la lucha. A la par aporta á la representación del contenido objetivo y dialéctico del derecho fenoménico un principio sintético, una fórmula conceptual: el fin de garantía de la conveniencia. La lucha y la dialéctica del fin conveniente: he aquí los principios cardinales de su doctrina.

Según la concepción romántica y mística de la escuela histórica, el derecho se desarrolla callada, pacífica, inconscientemente en los misteriosos arcanos del espíritu popular. No es producto de la autoridad del Estado protegida por la fuerza contra la rebeldía del arbitrio, sino de una fuerza latente é internamente operadora que se apoya en el convencimiento y asentimiento tácito de las conciencias individuales, que ejercen su acción como una conciencia común, que se sobrepone á los intereses vulnerados ó amenazados y á la oposición de las doctrinas. Nace y se desarrolla como las lenguas: sin sacudimientos, sin dolores, sin contorsiones.

A ese mitologismo arcádico se opone Jhering. El derecho, expuesto siempre á los ataques de la sinrazón, está destinado, dice, á la lucha. Todo derecho que nace, tiene que ganar el título de su existencia luchando contra otro derecho que le precedió y que nació primero que él, siendo hasta acompañada de los dolores del parto su venida al mundo. Hay millares de seres cuya vida rueda sobre los carriles del derecho anterior, los cuales, universalizando su experiencia personal, lo conciben como posesión idílica de un estado de paz. Pero hasta esa paz es la afortunada herencia de un estado de guerra anterior. El goce de los unos es el fruto de la labor de los otros; la posesión pacífica de una generación es el legado de las generaciones anteriores que la ganaron á precio de sangre. Todo derecho, no sólo el derecho del estado actual, sino el derecho social primitivo han sido conquistados por la fuerza. Toda modificación en el derecho existente que no sea puramente formal y técnica, y que penetre en lo vivo de las relaciones sociales, hiere á intereses constituídos, y lanza un reto de guerra, guerra en que no es la razón sino la fuerza que tengan los contendientes la que decide la victoria. La misma supervivencia de instituciones reprobadas por la opinión pública, no es efecto de una pretendida *vis inertiæ*, de una tácita sumisión á lo pasado, sino de la resistencia tenaz de los intereses sostenidos por esas instituciones. Los momentos trágicos de la historia son producidos por esa resistencia, cuando han adquirido soli-

dez y categoría de derechos adquiridos los intereses de ciertos individuos ó colectividades.

Hállanse entonces frente á frente dos partidos que invocan ambos la dignidad del derecho: el uno el de lo pasado, el otro el de lo porvenir. El derecho que porque existe cree que ha de vivir eternamente, olvida que él sucedió á otro y que con igual razón otro le sucederá á él.

La lucha es condición indeclinable, no sólo del derecho objetivo, sino también del subjetivo. También éste es el premio de una victoria laboriosa, pues también él halla resistencia para abrirse paso. El goce de todo derecho va precedido por la experiencia de la lesión de ese mismo derecho. Y el hombre no sólo lucha por su derecho, sino que *debe* luchar por él: porque su derecho es la afirmación de su inviolabilidad personal, y toda cesión jurídica lo es de la inviolabilidad de la persona. En todo derecho individual está entendido un inmenso valor ideal, porque en todo derecho está en juego *el* derecho. *Mein Recht ist Das Recht, in jenen wird zugleich Dieses verletzt und behauptet.*

Esta doctrina de Jhering tiene gran apariencia de verdad, y tendría aún más si su autor no hubiese traspasado los linderos de la fenomenologia con condiciones y razonamientos que sólo tienen sentido y fundamento en la esfera de la filosofía. Que la lucha sea condición indispensable para el cumplimiento del derecho puede estar y está probado históricamente; pero no ha de inferirse de ese hecho que la lucha sea momento lógicamente necesa-

rio de la evolución fenoménica del derecho. Semejante noción se sale del terreno de la experiencia, convirtiendo los hechos contingentes de la historia, aunque hasta cierto punto pueda admitirse que se reproducen idénticamente, en nociones universales y necesarias de la filosofía. No es, pues, razonable atribuir á la lucha, no sólo el desarrollo, sino ver también en ella el origen del Derecho. En su lugar veremos que el concepto panteístico de la continuidad histórica es incompatible, lógicamente, con la noción del origen; y, por consiguiente, que quien afirma una de estas cosas, no puede, sin incurrir en incoherencia, sostener en modo alguno la otra. Porque rechazándose el concepto panteístico de la continuidad, y no aceptándose el filosófico, ni por lo tanto la legitimidad del procedimiento al infinito, hay que admitir que en la continuidad y en la lucha histórica de los derechos, sucediéndose y sobreponiéndose unos á otros, ha tenido que haber un *primer* derecho, uno absolutamente *primo, que sea el primero de la serie, que no haya tenido ningún otro derecho anterior* con quien combatir, y que se haya, por lo tanto, establecido sin cumplir con la condición de la lucha. El origen del Derecho tiene que haber sido pacífico, por lo mismo que no puede admitirse la existencia de un derecho anterior que se opusiese violentamente á su establecimiento.

El aceptar como proceso derivativo del derecho, la necesidad de suprimir el tuerto, que es suponer posterior el esfuerzo productivo del derecho

á la experiencia de la lesión jurídica, es seguir á Schopenhauer, para quien, según las exigencias pesimistas de su sistema, la génesis del derecho está en la injusticia; doctrina que asigna al tuerto, al *no derecho*, un contenido positivo y al derecho uno negativo, en virtud de la misma inversión que atribuye función positiva al dolor y negativa al placer. Con ello, por otra parte, se confunde la experiencia subjetiva del derecho con su noción objetiva. La conciencia refleja del derecho se realza por el contraste con la experiencia del tuerto; pero el derecho es anterior al tuerto en el orden del pensamiento como en el orden de las cosas. El tuerto es esencialmente negativo; el no derecho presupone el derecho, como la negación propone el término que se niega. La lucha contra lo injusto implica la presciencia de lo justo que quiere afirmarse contra la resistencia que se le opone.

El vínculo indeleble del Derecho con la personalidad, es al mismo tiempo una doctrina que entra en el ámbito del realismo; en el cual se podrá afirmar tal ó cual derecho particular (derecho signo, no; derecho noción), no *el* Derecho; la ligazón psicológica accidental de este ó aquel sujeto con este ó con aquel derecho, no la ligazón ética del derecho con la personalidad. El subjetivismo empírico de que da prueba Jhering al determinar los grados de intensidad del sentimiento jurídico vulnerado por el tuerto, es testimonio precioso de la confusión que hace entre el *sentimiento* de la propia dignidad personal con la *noción* objetiva de

la personalidad. Su investigación empírica podrá decirnos que este ó aquel sujeto está dotado de tal ó cual receptividad; llegará si se quiere logicamente hasta la apoteosis de Shylock, pero nunca hasta el culto moral de la persona. Conviene recordar que el vínculo de la personalidad con el derecho es doctrina luminosa del derecho natural, la que, como toda *res aliena, clamat ad dominum.* Los dos partidos históricos cuya lucha representa el aspecto trágico del derecho no son ambos términos empíricos: el derecho vigente *(das geswordene recht)* es objeto de experiencia, pero el otro que pugna por establecerse y que aspira á sustituir á su predecesor no es todavía tal derecho. Ambos partidos luchan, pues, no en nombre del derecho positivo sino del derecho natural. El derecho histórico no se defiende aduciendo el hecho simple y brutal de su existencia, sino afirmando, (poco importa si con razón ó sin ella), que esa existencia es legítima, ó sea, fundada en algo anterior que está fuera de su misma existencia, por encima de ella. El derecho posible no invoca como título su misma posibilidad, porque pudiera aplazarse el reconocimiento de su validez para cuando esa posibilidad se convierta en hecho real, sino en cierta ó pretendida racionalidad.

Tanto un partido como otro usurpan la bandera del derecho natural y sólo de ella derivan su virtud de propaganda y de éxito. Y ese derecho natural es precisamente el que surge luminoso de la doctrina de Jhering, á pesar del espíritu realista

que la informa. La lucha histórica no se dirige á conquistar el derecho positivo, sino á corregirlo á la luz del que se tiene por derecho natural. No se lucha por lo que existe—el hecho de la posesión es naturalmente pacífico y conservativo—sino por aquello, porque se quiere sustituir lo que existe; por convertir en hecho una idea que no es todavía un hecho.

Y sería un mérito de Jhering precisamente haber reconocido la representación ó mejor todavía, la idea del derecho natural que en si llevan el elemento activo y el factor individual en la historia, si tuviera al mismo tiempo plena conciencia de la fuente de que ese elemento y ese factor se derivan. Pero le ha faltado esa conciencia, no sólo en su concepción sobre el esfuerzo y la lucha por el derecho, sino también en la teoría fundamental que después establece sobre la función social y sobre las leyes de desarrollo del Derecho y sobre el θέλος de la evolución jurídica.

La idea madre que anima esa teoría y que se consigna en la obra, harto incompleta titulada *Der Zweck im Recht* (1) es el principio de razón su-

(1) Del primer volúmen de esta obra se ha hecho una edición póstuma en 1893, á la cual nos referiremos. Del segundo volúmen nos atendremos á la 2.ª edición, de 1886. Los antecedentes psicológicos y lógicos de las ideas que contiene, hallan como el mismo autor reconoce en el prefacio á la 1.ª edición del primer volúmen de su otra obra titulada «Der Geist des Römischen Rechts», donde tan importante papel hace la noción de la *conveniencia*

ficiente, que se traduce en la fórmula moderna de la ley de causalidad, la cual, así como gobierna los demás órdenes de cosas, gobierna el proceso del Derecho. Sólo que la causalidad tiene una forma doble: la mecánica que gobierna el mundo de la naturaleza, y la psicológica que gobierna el mundo de la voluntad. De la una es fórmula la noción de causa eficiente, de la otra la de fin: según la una «no hay efecto sin causa»; según la otra «no hay volición ó (lo que es lo mismo) acto sin fin». De las cuales formas de causalidad, la primera es quiescente, la segunda activa; en la una el objeto, el fenómeno de la naturaleza es pasivo de la acción causal; en la otra el objeto, ó sea, la volicion, es espontánea provocadora del influjo final. La causa pertenece al pasado, el fin al futuro, pues el fin es una anticipación del futuro: *Vorstellung eines Zukünftigen.*

Si el elemento activo y voluntario es el *desideratum* de Jhering, el nuevo principio que opone contra el quietismo de la escuela histórica, reducirá la causa final á fórmula sintética de la fenomenología jurídica. Aquí, siguiendo también á Schopenhauer, opondrá la psicología de la voluntad á la psicología del sentimiento de los románticos del derecho, y á la psicología de la razón del derecho natural.

Su doctrina tiene, pues, al parecer, caracter de doctrina final que encajaría bien en los tan manoseados principios del determinismo mecánico; pero entendiéndose que el acuerdo efímero de su teoría

con la teleología tradicional es poco duradero, cayendo rápidamente en la lógica del realismo. El fin de Jhering es un término puramente subjetivo, esto es, comprendido en la esfera del sujeto agente y puramente material, ó sea, que coincide siempre y necesariamente con el resultado del hecho de la acción. El fin de que habla no es un término objetivo y ontológico; es la representación misma de la accion cumplida convertida en motivo en la conciencia del agente. Desaparecen la dualidad del motivo subjetivo y del orden objetivo de la causa final para dar lugar al principio del empirismo que desconoce otra causa final que el motivo accidental y psicológico del agente, al que una lógica de las cosas lleva á razonar el motivo de la misma acción cumplida y á establecer una pretendida coincidencia necesaria del fin y del resultado; del término formal y del término material; de la idea y del hecho.

El Θέλος de la evolución jurídica se revelará á Jhering por un laborioso proceso de inducción de los fenómenos del Derecho, sacados de la experiencia de la historia. Su teleología es una teleología analítica y *á posteriori*, que como analítica nada nuevo agrega á los hechos de la experiencia y es una mera *petitio principii*, y como *á posteriori* se traduce en una negación explícita de la verdadera noción de la causa final.

Como sucede con toda doctrina empírica y subjetivista, el egoismo, ó sea, un fin que no se sale de los términos del sujeto y de sus motivos

empíricos, es aquí también contenido del fin; la fórmula del *Selbstbehauptung*. Puede desde luego anticiparse desde ahora que el fin del derecho será la afirmación, la garantía, la *Selbstbehauptung* del sujeto activo del derecho: la sociedad y el Estado: el eudemonismo social. Pero en una teoría que se funda en el criterio de la experiencia, del egoismo social es un término derivado, respecto al egoismo individual; la justicia es un *posterius* de la fuerza. Ahora bien, ¿cómo se pasa desde la pura fuerza brutal, arbitraria, inícua, á la fuerza sostenedora del derecho, á la justicia en las acciones?

Los poderes personales que ejercen autoridad despótica sobre el grupo social en la fase primitiva de la evolución jurídica, ¿cómo pueden sobreponerse á la influencia de su egoismo individual y nativo y procurar el bien de la sociedad? Es evidente que para resolver ese problema no puede Jhering hacer intervenir un motivo preexistente ó coetáneo del egoismo individual, porque eso estaría en contradicción con su premisa empírica y utilitaria. Es preciso que pruebe que la fuerza produce el derecho sin salir de sí misma y sin auxilio de un motivo diferente del que es connatural en ella: la *Selbstbehauptung*. La dialéctica que se nutre de sí misma (de su propia sustancia), tiene que ser por fuerza su procedimiento.

Y lo es de hecho. Observa que en el mundo animal, el resultado de la fuerza depende exactamente de la relación comparativa de esa fuerza con las otras fuerzas preexistentes ó coexistentes;

representando necesariamente el triunfo de la una el fin de la otra. *Leben des Stärkeren auf Kosten des Schwächeren, Vernichtung des letzteren im Conflit mit ersteren das ist die Gestalt des Zu sammenlebens in der Thierwelt* (1).

En el mundo humano no sucede lo mismo. La fuerza que en él impera es reflexiva y consciente; lejos de extraviarse por la embriaguez del triunfo presente, dirige la vista al futuro, y teniendo en cuenta el partido que puede sacar de la fuerza menor vencida, la conserva, sometiéndola al servicio de sus propios intereses. La fuerza, ilustrada por la previsión del porvenir, y bajo la acción no sólo de motivos impulsivos y próximos, sino de motivos venideros, se refrena á sí misma espontáneamente. Ese límite interno que ella misma se impone, ese soberano patronazgo que sobre sí ejerce, defiende á las fuerzas menores y asegura su coexistencia jurídica (2).

Die Gewalt setzt damit ein Maas, das sie beachten sie erkennt eine Norm an der sie sich unterordnen will und diese von ihr selbst genehmigtc Norm ist das Rcht (3).

El origen del derecho está, pues, en la limitación espontánea de la *Selbstbeherrschung*; su procedimiento es una matemática fina y sutil del egoismo y del cálculo mercantil.

Die Gewalt gelangt zum Recht nicht als zu

(1) Ibid. S. 241
(2) Ibid. Kap. VII. pgf. 2.
(3) Ibid. S. 245.

etwas ihr Fremdem, das sie von ausserhalb vom Rechtsgefühl entlehnen, und nich als zu etwas Höherem, dem sie im Gefühl ihrer. Inferiorität sich unterordnen müsste, rondern sie treibt das Recht als Maass ihrer selbst aus sich heraus—das Recht als Politik der Gewalt (1).

Esa limitación jurídica que la fuerza reconoce, sigue teniendo valor, independientemente de que se sujete ó no á ella la fuerza que á sí misma se la ha impuesto. El cumplimiento práctico es por sí indiferente. El derecho existe ya, y ninguna reacción de la fuerza puede ya hacer que no exista. La fuerza que se sale de los límites que ella misma se ha impuesto, no es ya una fuerza ilustrada—*Geswalt*—sino pura arbitrariedad (2).

Esta dialéctica de la fuerza creadora del Derecho y *causa sui*—añade Jhering—es una enérgica reivindicacion contra la filosofía del Derecho, que prescinde de ella para atribuir al Derecho un pretendido origen moral; filosofía que incurre en el error de transferir al pasado representaciones y juicios deducidos del orden jurídico presente. El origen especulativo y ético del derecho es una proyección ideológica de *nuestro* derecho y de *nuestra* conciencia jurídica. El *ethos* es el resultado final, no el punto inicial de la evolución. El *prius* cronológico del derecho es el egoísmo desnudo y brutal: es la fuerza.

---

(1) Ibid. S. 249.
(2) Ibid. S. 245.

Si el Derecho es una política de la fuerza, el proceso del derecho y el de la fuerza son uno mismo. Bastará, por lo tanto, seguir á la fuerza en su dialéctica productora del Derecho, en el procedimiento en que ella *establece* el derecho y echa los cimientos de la constitución social, para darse cuenta de la génesis del Derecho. Sólo que no pueden explorarse históricamente esa dialéctica ni ese procedimiento, porque la Historia nada dice sobre el origen de la evolución jurídica ni sobre el momento genérico en que fué establecido el Derecho. Hay que abandonar, por lo tanto, el proceso histórico, no quedando otro expediente que el de construir esa fase primitiva y ese cimiento del derecho sobre el fondo ya presupuesto del concepto de finalidad, circunscribiendo en torno de ese centro único el porvenir de la sociedad y de la fuerza jurídica. No siendo posible examinar el procedimiento efectivo de la fuerza, postulado del fin del hombre y de la sociedad, hay que concebirlo y figurarlo con el pensamiento. La fuerza no posee sólo una medida de tiempo, sino además una dinámica dialéctica é inmanente dentro de las mismas relaciones de la estructura jurídica. De esa dinámica inmanente se apodera Jhering. Asume las relaciones jurídicas que son cantidad conocida de la jurisprudencia tradicional, y las reconstituye, las rehace y las interpreta en función (como dirían los matemáticos) de la dialéctica sapiente, iluminada, espontánea, autodidacta de la fuerza y del egoísmo, que anticipadamente ha preconizado. Su pretendida evolucion

del fin del derecho comienza ya á diseñarse: es una análisis hueca. En cambio, del proceso histórico, de la fuerza y del egoísmo no nos proporciona el proceso lógico, por medio de aquellas categorías jurídicas, típicas, definidas, en las cuales la evolución, la vida del derecho, se ha modelado y *localizado*.

Y precisamente porque no pueden darle estas categorías jurídicas otro proceso lógico que el que desea él hallar en ellas, digo que su doctrina sobre la naturaleza formal y material del derecho es una repetición analítica de sus principios más que una nueva síntesis.

Así la concepción de la naturaleza formal del Derecho es una nueva fase de la dialéctica del *Selbstbeherrschung*. Represéntasele el Derecho como el imperativo espontáneo é interno del Estado, el cual lo crea sin salir fuera de sí mismo. Los imperativos jurídicos del Estado no se dirigen á los ciudadanos sino á los poderes del mismo Estado. La inviolabilidad de nuestro derecho no tiene por *correlatum* el deber ajeno de no violarlo, pero sí el deber incumbente á los órganos del Estado de impedir su violación. No es el sujeto pasivo el objeto de las leyes del Estado, sino que lo son los poderes internos del Estado; es decir, lo es el Estado mismo, el cual saca el Derecho de sí, se lo impone á sí *(Selbstbcherrschung)*, y lo hace observar por sí. El derecho individual entra aquí como objeto último y como resultado, no como sujeto ni como fin. Sujeto y fin del derecho en un doble sentido, activo y

pasivo, es el Estado: sólo él. Pero la lógica de Jhering no está satisfecha: la fuerza saca al Derecho *ex nihilo sui*, y, al afirmarlo, se afirma siempre y sobre todo á sí misma. El proceso y el fin del Derecho se consuman dentro del circulo del Estado; pero justamente por no satisfacerse la lógica de su noción, su doctrina sobre el caso no es otra cosa que una dialéctica circular y vana.

Y, en torno á una petición de principio, viene á converger toda la substancia de su teoría sobre la naturaleza material y la utilidad final del Derecho. Pues aunque pretenda transferir la indagación filosófica del Derecho á su contenido, la forma de los imperativos jurídicos al *subsuelo económico-social*, ó sea al fin utilitario, no es menos cierto que ese contenido y ese subestrato no son sino el producto de un análisis y de una depuración laboriosa, á las cuales pospone el *lastre* (si se me permite decirlo) de las mismas relaciones formuladas en las categorías de la jurisprudencia, donde son muy otra cosa que la revelación de una cosa ignorada, y son más bien en aquel momento constitutivo y final del Derecho un nuevo tributo aportado por la misma naturaleza del hecho de los imperativos y de las instituciones jurídicas, lo que resulta claramente de la más simple observación de los resultados definitivos á que Jhering llega.

Comienza por reivindicar la posibilidad de formular ese contenido y ese fin del Derecho contra el escepticismo de los relativistas puros, á los cuales arguye que el criterio moderador del Derecho

no es el eminentemente absoluto de la verdad, sino el eminentemente relativo del fin; por lo que la movilidad del contenido jurídico no excluye la legitimidad de una noción de él, por corresponder y armonizar esa movilidad con la naturaleza del objeto de esa noción. La verdad, término de nuestra inteligencia, es una sola; la contraposición de lo verdadero y de lo falso es absoluta; la relación entre lo uno y lo otro se expresa simplemente por el sí y por el no. Pero el fin, término de la voluntad, es relativo por su propia naturaleza; la volición ó mejor dicho, el contenido de la volición, puede ser hoy distinto que ayer, y, sin embargo, en ambos casos ser justo, ó sea, conforme con el fin. El contenido del Derecho puede ser, pues, y debe ser infinitamente diverso. Así el Derecho no es expresión de un simple deber, sino de un criterio relativo de utilidad.

Supuesta la legitimidad de tal doctrina, la utilidad final del Derecho la da ella, en garantia de las condiciones de existencia de la sociedad. El Derecho no es, pues, sino el *Selbstbehauptung* de la sociedad y del Estado; consistiendo su utilidad final en afirmar y preservar la existencia de ambos.

El autor ha ya aclarado en la dialéctica del *Selbstbehrreschung* como se pasa del egoismo individual al egoismo social, habiendo ya anticipadamente demostrado cómo y por qué este egoismo social, obedeciendo à los impulsos que sienten todos los seres para conservar su existencia—á los impulsos del *Selbstbehauptung*—se esfuerza en

mantenerse y consolidarse. La evolución jurídica es, pues, toda ella desde el principio hasta el fin, una dialéctica del egoismo: una dialéctica hueca, bien entendido, y de repetición contínua.

En esa doctrina está la premisa utilitaria del viejo sensualismo; en ella el acuerdo intimo del egoismo y del altruismo, postulado del eudemonismo social; en ella la *hipostasi*, la personificación milológica de la sociedad y del Estado tomada en empréstito al romanticismo de la escuela histórica y al panteismo social; en ella se junta toda una serie de postulados racionales; pero precisamente le falta aquello que debiera darnos: la utilidad final del Derecho.

La elasticidad nativa del término—condiciones de existencia—demuestra claramente que el procedimiento empleado por el autor para inquirir las formas vitales del Derecho, es un procedimiento puramente conceptual y abstracto. La plena indi ferencia de esa fórmula nos advierte que las diferencias específicas del Derecho se han extraviado, y que su investigación es un análisis lógica de ciertas fórmulas y de ciertos principios tomados de otra parte más bien que una síntesis espontánea y deducida *ex novo* de las entrañas de la vida del Derecho.

Ya el propósito de sorprender y de formular el fin del Derecho mediante la investigación del proceso fenoménico del mismo Derecho, propósito que debe de haber sugerido al autor su fé, verdaderamente ciega, en el determinismo social, es una

empresa especulativa, y por demás dudosa y arriesgada. La hipótesis de congruencia necesaria entre el motivo y el fin de la acción, ó lo que es lo mismo, entre el hecho de la historia y la idea que lo ha presidido, entre lo que debió haber sucedido y lo que sucedió, es una hipótesis infundada; y que sin embargo, hay que admitir como cierta para que sea posible una investigación fenoménica del fin del Derecho. La actividad humana, sea el que se quiera el terreno en que se ejerza y el orden ora jurídico ora económico de la materia á que se aplique, procede de tal manera que sus efectos y resultados finales divergen casi siempre y en un doble sentido de sus causas originarias, sea superándolas, sea quedando por debajo de ellas. El desarrollo empírico de las instituciones morales y jurídicas está sometido á lo que Wundt llama ley de *heterogeneidad de los fines*.

Pretender descubrir á toda costa en ese desarrollo la expresión, la fórmula de un fin único y homogéneo (y de un fin empírico, ó lo que es lo mismo, histórico y experimental), es querer transferir al mundo de la experiencia los postulados de la dialéctica. La metafísica tan fuera de propósito despreciada, ha reprobado siempre ese espíritu sistemático que quiere encerrar y comprimir en los rígidos moldes de una categoría preestablecida la vida y los móviles de la historia. Y es que la metafísica ha distinguido perfectamente los hechos especulativos de los experimentales é históricos, evitando á la vez la invasión de la Historia

en el campo de los problemas especulativos y la de los problemas especulativos en el de la Historia. La realidad es casi siempre más múltiple ó mejor dicho, más variada que la teoría, que se lisonjea de formularla *a priori*. La vida posee una dialéctica y una síntesis poderosa que no coincide con la lógica del pensamiento; pensamiento que no podrá darnos por lo tanto la unidad del fín del Derecho en todas las condiciones del tiempo y del espacio. Por necesidad ó por defecto de método, se concretará á un determinado derecho histórico admitiéndolo como unidad típica de los derechos históricos y de los derechos posibles, tipo que será para Jhering, para el autor eminente del *Geist des Römischen Rechts*, el Derecho Romano. Hará un análisis del contenido superficial que emerge de ciertas instituciones, lisonjeándose después de haber llegado á la meta sólo por haber tomado un derecho particular por todos los derechos y su contenido superficial por su verdadera sustancia.

Así convierte Jhering el fin objetivo del Derecho en lo que la *escuela* un tiempo llamaba la racionalidad de las instituciones jurídicas, y más que dar un producto original, reexpone ó parafrasea la *mens legis*, confundiéndola *a priori* en el pretendido fin de la evolución jurídica. Vese el mismo autor arrastrado entonces á confesar indirectamente que su *fin del Derecho* no es sino el equivalente ideológico del contenido racional radicado en las leyes; hablándonos enseguida de una dialéctica formal, de un proceso del *concepto* del

fin que quizás ó seguramente deja atrás á la dialéctica triunfal de la idea hegeliana y que es ciertamente muy otra cosa que el proceso real del fin que de él esperábamos; como si él mismo estuviese persuadido de que es más fácil formular una dialéctica transcendental que argumentar una experimental de la Historia.

La noción del interés y del fin lleva sin duda al campo de la filosofía del Derecho un elemento nuevo desde ciertos puntos de vista y digno de examen. También diré que esa noción es fundamental en la fenomenología de la conciencia moral y jurídica, y como tal no aceptada en el racionalismo kantiano en odio al motivo empírico y á la escuela panteística (en la que considero incluída á la escuela histórica), por la exclusión que ambos han hecho del momento individual y volitivo del determinismo social. Así como Hartmann tiene el mérito de haber ilustrado ese elemento en la filosofía, así lo tiene Jhering de haberlo hecho en la filosofía del Derecho. *Kein Wollen ohne Zweck*: nos dice ya la *escuela* que todo ser inteligente obra con un fin. Verdad es esta muy notable y digna de ser opuesta al exagerado autonomismo kantiano de la voluntad, que, como es sabido, es analítico y *causa sui*. Para ese gran filósofo la acción es moral sólo por su sujeción á la ley como tal ley, é independientemente de todo fin de la acción y de todo contenido de la ley. A ese juicio de identidad en que se resume la moral kantiana, que violenta queriéndola depurar la sustancia misma de la voluntad,

conviene argüir que la voluntad en sí, como forma pura y destituída de toda determinación positiva, es un mito de la razón pura, no un producto de la psicología empírica ni de la misma psicología racional. Pero Jhering no se satisface con esto. El, al contrario, por opuesta vía, suprime la voluntad á fuerza de querer determinarla y materializarla sustituyéndola por la noción del fin. Confunde el fenómeno psicológico de la determinación volitiva con la condición de ella, el interés, el *Selbstbhauptung*. Confunde el criterio ético de la voluntad como facultad autónoma del sujeto con el criterio fisiológico y mecánico del motivo empírico. Olvida so bre todo que la voluntad del agente no puede ser nunca un mero recipiente mecánico de un fin extraño á ella, objetivo, transcendental, dialéctico; y que el fin, cualquiera que sea, radica siempre en una vocación primitiva y subjetiva de la voluntad misma. El concepto supremo—el *Grundbegriff*—de las ciencias morales, no es tanto el interés y el fin de utilidad como la voluntad que se determina por el fin, y que considera la satisfacción del interés, después, se entiende, de habérselo propuesto. La voluntad es en el mundo moral sujeto activo, único y solo. Para el filósofo realista que haga del interés y del principio de utilidad, del egoismo y de la fuerza, principio supremo y absoluto de la fenomenología del Derecho, el mismo orden jurídico existente se convierte en un acertijo insoluble.

Y á pesar de todos los artificios de la dialéctica para explicar el paso desde el criterio de utili-

dad á la norma del Derecho, de la fuerza á la justicia ordenada, sse paso no es menos árduo ni, dado el supuesto, mcnos absurdo que el paso del sí mismo al fuera de sí mismo por el empirismo escéptico ó por el idealismo empírico de la escuela de Berkeley. El expediente á que apela Jhering (y no es él solo ni tampoco el primero en emplearlo, porque la dialéctica del utilitarismo es ya antigua) el *Selbstbeherrschunng* del egoismo y de la fuerza, es una hipótesis que debe de haberle sido sugerida por el hecho de haber él anticipadamente pospuesto el derecho à la fuerza. La fuerza y el egoismo, siempre implícitos en las impresiones presentes, no pueden dominarse á sí mismos, porque no poseen la intuición necesaria para prever y representarse de lejos la mayor utilidad posible en el porvenir. El interés, como tal, no tiene ojos de lince; aparte de que los motivos próximos ejercen sobre él una influencia mucho más poderosa que los lejanos. El *Selbst-Beherrschuung*, presupone, pues, un tal dominio é inhibición de los motores impulsivos, un tal don de previsión y de moderación, una tal madurez de la facultad de representación en los estados de la conciencia, que sería soberana paradoja psicológica admitirlo en las primeras fases de la evolución juridica. La fuerza que por virtud de una útil previsión de lo futuro, se refrena á sí misma, se ha salido ya por esa previsión y ese refrenamiento de su esfera de fuerza, para realizar lo cual ha necesitado un impulso y ayuda extraños á ella. El hombre se distingue del animal por esa pre-

visión de lo futuro, pero originada en su razón, no en su fuerza. Evidentemente la fuerza extrae de su fondo el derecho sólo por que Jhering concede á la fuerza atribuciones universalmente reconocidas al derecho. Distingue él á la fuerza, que diré casi racional, que respeta y sostiene al derecho, de la fuerza arbitriaria que la viola llamando *Gewalt* á la primera y *Macht* ó *Wilkühr* á la segunda.

Así sale el autor fácilmente del paso, jugando con esos dos términos y supliendo con el segundo la defectividad del primero. No es esa manera de persuadirnos, como anticipadamente se lo había propuesto del contraste de la fuerza y el derecho con una noción dialéctica, una fuerza-derecho; la *Gewalt.* Bajo este aspecto su teoría es analítica y vana, formulándose todo su contenido en el puro juicio de identidad;A=A. Queda siempre en pie el problema del tránsito desde la fuerza como fuerza, ó sea, desde la fuerza bruta, al derecho como derecho. Porque aun admitiendo por un momento que esa producción espontánea del derecho de la fuerza sea otra cosa que una petición de principio, no por eso se resuelve la cuestión, porque si así nace el Derecho falta explicar como y por qué se conserva. La fuerza que ha reconocido hoy una norma porque le conviene, puede no reconocerla mañana que deja de convenirle. Para negar esto es preciso que Jhering no acepte aquella relatividad que él mismo ha predicado. Decir que la fuerza al obrar de ese modo se pone por sí misma de parte de la sinrazón y deja de ser fuerza para convertirse en arbi-

trariedad es (y hablo siempre dentro de los límites hipotéticos de la tesis de Jhering), es hablar sin fundamento, porque si la causa eficiente del *Selbstbeherrschung* y, por consiguiente, de la norma jurídica no ha sido un principio absoluto de justicia sino un principio relativo de utilidad personal, no hay motivo para calificar de arbitrario un procedimiento que asocia á la movilidad de la causa y del criterio la movilidad del efecto y de la acción. Lo arbitrario ó lo era desde el principio ó nunca. El *Selbstbeherrschung* es un acto privado, pudiera decir monástico, que se consuma en el círculo del sujeto y no un acto contratual: la partícula *selbst* claramente lo dice.

El ver la condición contratual en la casi equivalencia entre la utilidad posible ofrecida y la fuerza menor conservada ó tolerada, es pensar que la fuerza mayor tiene perfecto derecho á quebrantar la tregua acordada por ella á la fuerza menor cuan tas veces le *parezca* que no sea efectiva aquella equivalencia ó que la utilidad posible no sea utilidad real. Y he dicho que le *parezca,* porque el solo juez competente é inapelable en el asunto es ella misma. Hay que concebir, pues, la norma protectora de la coexistencia jurídica como dependiente de la voluntad de la fuerza, que podrá anularla cuando le plazca. Esa fuerza podría sin embargo, y con buen derecho según la lógica del pensamiento de Jhering, hacer valer el favor que otorga, que, después de todo, ha sido bien grande, pues ha tenido la bondad de ceder una ventaja positiva por

un equivalente problemático, que á fin de cuentas, se ha manifestado por un artificio engañoso de débil que sin dar nada en cambio ha recobrado todo lo perdido.

Del error de ver en la *Selbstbeherrschung* de la fuerza la fuente productora del Derecho y, se entiende, del derecho fenoménico (porque tenemos que colocarnos en el punto de vista del autor), se deduce la noción más sencilla y elemental del derecho histórico y positivo el cual, más que resultado de ese freno espontáneo de la fuerza, de la *Gewalt*, lo es de un compromiso entre ambas partes.

El Derecho es bilateral por naturaleza. La *lex* es el pacto entre los *pater familias* reunidos en el comicio. El contratualismo del derecho natural, si es erróneo desde el punto de vista ético y normativo, no lo es desde el fenomenológico. La arqueología jurídica, que ha esclarecido el origen y la significación contratual de la *lex* (fuente típica, si no enteramente originaria del Derecho en aquellos pueblos en que ha llegado á plena madurez la evo lución jurídica), ha venido en buena hora á rehabilitarlo. La *sententia judicis*, además, que es la fuente originaria del Derecho, presupone ya la institución de cierto orden y de cierta jerarquía social, que serían inconcebibles donde decidiera de la suerte del grupo social una sutil matemática de la fuerza. Si se transfiere el *Selbs-Beherrschung* al período prehistórico y *ex lege* de la humanidad, entonces faltarían las condiciones psicológicas antes mencionadas para que pudiera verificarse aquel

acto de la fuerza; aparte de que, dada la índole siempre problemática de ese período prehistórico y la imposibilidad de explorarlo con rigor científico, cualquiera doctrina que sacase de él sus pruebas y sus argumentos sería un salto en las tinieblas.

Encuéntranse á veces en la Historia casos en que la limitación de una fuerza social ha producido indirectamente cierto reconocimiento de derechos en favor de fuerzas menores coexistentes con ella; pero ante todo, esos casos son pocos y relativos á períodos derivados y maduros, no á fases originarias y genésicas de la formación jurídica; y, además, esos mismos ejemplos demuestran claramente que nunca es esa limitación espontánea y preordenada por el cálculo mercantil, por el refinamiento egoísta de la misma fuerza, que no es pasiva. Además, que el pretender encontrar en todos los actos volitivos las trazas de una intención deliberadamente calculada y meditada, es un recurso, más que nunca inoportuno, del ligero y superficial pragmatismo del último siglo. Pero prescindiendo de este argumento psicológico, conviene observar que, si una determinada fuerza en un determinado momento se determina á ceder en sus pretensiones antijurídicas, sólo lo hace compelida por el temor ó miedo de verse superada por la fuerza contraria. Mejor sería en tales casos particulares (si se quiere encerrar á la Historia en la estrecha fórmula de una relación mecánica de fuerzas), definir el Derecho como resultado de una renuncia forzosa de la fuer-

za. Los *derechos del hombre* no fueron legado espontáneo de la realeza, de la aristocracia y del clero, sino renuncia hecha por esas fuerzas de sus privilegios bajo la presión del tercer estado. El derecho no emanaba ahí de la fuerza, sino de la indigencia de una fuerza, que había cumplido ya su misión histórica, y que por eso mismo, dado el punto de vista empírico y mecánico de Jhering, se había convertido en debilidad, prescindiendo, por otra parte, de que tales fenómenos de limitación de una fuerza social son tan raros, que no cabe inferir de ellos ni la génesis ni la naturaleza siquiera del Derecho, sin incurrir en el acostumbrado sofisma de fundar en casos particulares leyes universales.

Es claro, pues, que el paso desde la fuerza al derecho, queda sin explicar en la doctrina de Jhering, cabiéndole la misma suerte á su concepto sobre la misión real y la utilidad final del derecho: á la presunta garantia de las condiciones de existencia de la Sociedad. En la realidad de las cosas, en el terreno de los hechos, el derecho positivo y fenoménico no garantiza las condiciones de existencia objetivas ni tampoco las que representan ó creen representar los poderes dominantes, (como dice Jhering previendo las objeciones que podrian hacerse á su doctrina donde hubiera pretendido atribuirle un significado de determinismo objetivo), pero si las condiciones de existencia representadas y *admitidas* por las clases directoras. Ahora bien, nadie podria afirmar que estas últimas hayan querido garantizar siempre (nótese que

sin este *siempre* no podría subsistir la universalidad del concepto de Jhering), las condiciones *verdaderas* de la existencia social; que se hayan siempre prestado á sostenerlas á todas ellas y nunca hayan medido las condiciones de existencia del grupo social con el criterio personal y oligárquico, limitándose á favorecer á aquellas que coincidían ó parecían seguramente coincidir con su conveniencia. Llegar á tales conclusiones de orden universal es exagerar inconsideradamente el alcance de la experiencia y de la historia, que responden no más que de hechos de orden particular y relativo. El pensamiento de las clases directoras, cuando se representa las condiciones de existencia social, no marcha siempre por los carriles de la lógica, sino sugerido por la influencia de la voluntad, ó de las pasiones, como diría aún más propiamente la filosofía tradicional. Puede asegurarse á lo menos que si esa influencia no es única, no deja nunca de ejercerse en mayor ó menor grado. De Jhering, que ha tomado de Schopenhauer su concepción *voluntista* de la fenomenología humana y social, era justo y lógico esperar que hubiese adoptado también del maestro aquella serie de puntos de vista unilaterales é intemperantes sobre la relación de la voluntad con las facultades representativas, y entonces hubiese tocado al crítico más bien deplorar una exageración que un defecto; exageración tanto más de lamentar, cuanto que esa doctrina, por ser determinista, sustraería toda responsabilidad moral á aquella voluntad y á aquellas pasio-

nes. Pero nuestra espectación lógica queda defraudada, encontrándonos en frente, no ya del pesimismo, consecuencia de una teoría de la fuerza, sino de un pesimismo exagerado, que no vacilo en calificar de más peligroso que el primero, porque legitima y deifica á la fuerza y al interés, convirtiéndolos á ambos en instrumentos de una teolología oculta de la historia, y porque ahoga en el alma ese sentido de la falta y del dolor que, á falta de otros motivos, es siempre el *punctum pruriens* de la conciencia moral.

Lo cierto es que el derecho positivo puede adolecer no solo de errores sino también de culpas, enseñándonos la experiencia á desconfiar de esa romántica y fantástica dialéctica del egoismo de unos y de otros, y de esa mitológica utopia de la infalibilidad humana y de la bondad connatural tan agradable al antiguo y al nuevo humanitarismo. Hacer del eudemonismo social meta final del derecho fenoménico, es ir abiertamente en contra de la historia, que nos enseña que la evolución del Derecho, como la de la humanidad, es un producto de desengaños, de dolores, de resultados que no corresponden á los motivos, de experiencias defraudadas por los hechos, de utilidades individuales ó colectivas inmoladas siempre: hoy á una idea, mañana á una aberración ó á un sofisma. *Ieder Fortschritt der Cultur überhaupt und des Rechtes insbesondere*, dice Lasson, *schafft neue Unlust für ganze Generationem: würde manbloss auf den Zweck der Lust schen, sowürde man an dem Alt-*

gewohnten, sei es auch noch so barbarisch, niemals ändern dürfen. Dass das Recht mit seiner Feindseligkeit gcgen Wohl und Behagen, Gelüsten und Begehren der individuen thatsächlich besteht, ist an sich schon die Kräftigste Widerlegung altes Eudamonismus und Utilitarismus» (1). La historia está muy lejos de interpretarse con estos criterios mercantiles; y ¡ay si tal fuera!; porque incapaz de saciar esa inestinguible sed de felicidad que nos aqueja, parecería entonces á ese juez feroz, *lógico*, inexorable que se llama nuestro egoismo, como parece á Macbeth:

................a tale
Told by an idiot.........

El fin de la utilidad y de la conservación de la existencia individual es siempre un fenómeno accidental en la economía del universo. Ahora: todo lo accidental es mudable y efímero, y materia servil de la historia, que pasa sobre ella deteniéndose en otras cosas. Lo eterno en la historia no es el fenómeno; es la Idea. El único, el solo eudemonismo susceptible de pruebas históricas sería el eudemonismo de la Justicia, aquella utilidad que se deriva de lo justo, y que es más el premio inesperado de una renuncia espontánea al propio egoismo, que el efecto ansiado y meditado de buscarla. Porque lo justo lleva en sí el ser útil, necesariamente útil á la vez. Decir: «esto es útil, luego es justo» es un gran error, pero es una verdad soberana decir,

(1) System der Rechtsphilosophie. S. 218.

esto es justo, luego es útil. Por eso la experiencia de la historia y la de nuestra conciencia íntima, nos enseñan á no proponernos nunca lo útil como fin de la conducta. Busca lo justo, nos dicen la una y la otra, que la utilidad vendrá por sí. Lo útil, sino es el resultado necesario y universal del Derecho positivo, lo es del Derecho natural, de lo justo en sí mismo. El eudemonismo es, pues, una fórmula legítima de la ética y de la teodicea; nunca de la fenomenología. La presencia del dolor en la evolución jurídica es debida precisamente á la no plena presencia del Derecho natural. Volvamos pues á él si de veras queremos ser utilitarios y egoistas; porque el día en que ese derecho reinase en las leyes, en las instituciones, y mejor todavía en las acciones humanas, ese día podría el eudemonismo entonar el cántico de triunfo. En la esfera de lo justo en sí, como en la de lo bueno en sí, el deber se armoniza con el placer. A esta soberana dialéctica revelada por la metafísica cristiana, debe volverse si se aspira á un éxito que en vano se buscaría por otro camino y que la fenomenología no podrá alcanzar nunca.

§ II.—El principio de la razón en el Derecho. F. Dahn.

F. Dahn es todo lo contrario que Jhering. Su doctrina es una vuelta al romanticismo de la escuela histórica. No filósofo de vocación, ni siquiera propiamente jurista, sino narrador de leyendas, novelista y poeta, transmite á su doctrina del Dere-

cho ese sentido místico de las cosas, esa intuición espiritual de lo inconsciente y de lo misterioso de la Naturaleza y de la Historia, esa transfiguración ideal de la realidad, que constituyen los caractéres principales de la concepción poética; todo aquello que especialmente se funda en una intuición panteística del universo.

En su obra *Die Nernunft in Recht* reprobará á Jhering haberse extralimitado en su doctrina sobre la lucha y la fuerza, suponiendo el momento volitivo y final fórmula del Derecho, y prescindiendo totalmente de la fuerza pacífica y sin embargo latentemente activa del convencimiento racional. No por dirigir su atención sobre las fuerzas generadoras del Derecho, sobre el aparato coactivo externo de las normas jurídicas, desconoce Jhering la raíz ideal, la causalidad interior, la necesidad racional, la *Vernúnft nothwendigk.* Comete el error de concebir el *Zweck* como fin deliberado y prefijo del desarrollo social, en contradicción con el criterio histórico, que nos enseña que en el principio de la evolución social domina lo inconsciente. Cuando alguna vez acepta esa psicología de la inconsciencia, no acierta á ver las formas conscientes en que se encubren ó disfrazan los factores reales de la evolución, que obran inconscientemente en el fondo del alma popular. Cierto es que las necesidades y los intereses individuales tienen no poca parte en la formación del Derecho; pero esa influencia no se ejerce ostensiblemente, sino á espaldas de los hechos reales. Esos intereses y necesida-

des no se reflejan ó surgen del alma popular en su sér desnudo y brutal, sino que emanan de ella representadas y transfiguradas mediante una labor íntima y misteriosa que los depura é idealiza. No es sólo la necesidad de garantizar los intereses ó la de intercambiar los productos quien da razón de sér al Derecho, sino una necesidad del pensamiento: *das Rech ist zwar eine Nothpraxis, aber es ist auch eine Vernunfttheorie,* es decir, una lógica, pero una lógica concreta é inmanente en la sociedad, y relativa porque está conforme con la individualidad histórica de la sociedad misma. El derecho no es fuerza *(Gewalt)*, sino razón: razón activa sin duda y que combate contra las resistencias que se le oponen, pero razón siempre. Y si la fuerza coactiva debe ser á toda costa fuente productora y conservadora del derecho, hay que entender por tal la fuerza de la razón *(Vernunftzwang)*. No es precisamente exacto que la fuerza produzca el Derecho, pero puede decirse que el Derecho es fuerza en sí y por sí, y que la razón es fuerza asimismo. El Derecho posee una fuerza y una causalidad autónoma interna: la *opinio necessitatis*.

Esta causalidad racional del Derecho no es un término vago y sentimental, un como sinónimo de *Rechtsgefühl*, del sentimiento del Derecho, sino que más bien indica una lógica clara y precisa, más vecina de la matemática que del sentimiento.

El hombre es por naturaleza sér de Derecho, porque es por naturaleza sér de razón; porque tiene la facultad de *pensar* el Derecho, y se siente las-

timado en lo más vivo cuando las relaciones del intercambio social no están gobernadas por la razón. Raíz ideal del Derecho, su fuerza impulsiva, su *ubi consistam* es la misma ley fundamental de la conciencia humana: la ley de la subordinación necesaria de lo particular á lo universal. Substancia y fundamento del Derecho, su *porqué* y su *cómo* á un tiempo, es la subordinación de los hechos particulares, esto es, de las relaciones sociales á un universal racional. El Derecho es el producto de la necesidad lógica que impulsa la humanidad á encerrar las relaciones jurídicas en la unidad, en la categoría más alta en que están contenidas. El desafuero, el tuerto, lo injusto, es un hecho ilógico en el campo del Derecho: *das Unrecht ist unlogisch, Das Recht ist die Abweisung des Unlogischen.*

El momento constitutivo del Derecho, su fórmula científica es, para Dahn, la *Vernunft* ó la *Vernunftnothwendigkeit,* la razón ó la necesidad racional. Es, como se ve, un principio de índole trascendental, pero sin embargo siempre realista: la *razón* es inmanente en el orden jurídico que de hecho existe. Esta razón no es una norma imperativa ó un criterio moderador del derecho positivo: es su causa eficiente, su ley natural de existencia y de su desarrollo.

Confiesa abiertamente el autor su vocación panteística en aquella identidad substancial que reivindica entre lo real y lo ideal, entre el derecho y la fuerza, entre la razón y la coacción. Es su doctrina una negación esplícita del dualismo del Derecho na-

tural y del Derecho positivo. Falta sólo que ver si esa *Vernunft* resuelve plenamente el problema de la fenomenología y si es un principio simple capaz de formular y simplificar los momentos y las fases constitutivas del Derecho fenoménico.

El autor demuestra no poseer una noción clara, precisa, definida, científicamenle rigurosa de esa su fórmula predilecta.

La *razón* es, así, un fenómeno vaguísimo y proteiforme. Ora tiene un contenido determinado y se nos presenta como fuerza real y activa del espíritu popular; fuerza activa como causa eficiente, no como fin, sinónimo supérfluo de la *conciencia popular* de la escuela histórica, ora es una mera fórmula conceptual vacía de contenido determinado y de significación objetiva, representándonosla el autor como una fórmula nueva de la *opinio necessitatis*, ó sea, de la forma pura y universal de todos los órdenes de las relaciones de los deberes, ora es una simple ley y un simple proceso de la lógica ó, mejor dicho, una de las fórmulas de aquella única ley y de aquel único proceso que rige la conciencia humana y que la empuja con fuerza progresiva de lo particular á lo universal, del fenómeno á la ley. La *Vernunft* de Dahn es una representación que no se ha elevado aún á la categoría de concepto. Tiene en un modo un significado demo-psicológico, en otro un significado ideológico, en un tercero un significado lógico, sin que el autor sepa ó quiera decirnos cómo concurren estos tres momentos divergentes para formar una sola noción.

Hace más grave esa confusión el hecho de no mantenerse siempre el autor fiel á su tema. Así, después de haber renunciado *a priori* con su dialéctica de lo real y de lo ideal á la filosofía, no resiste á la tentación de transferir sus postulados al terreno de la fenomenología.

Impugna, por ejemplo, la teoría de Jhering sobre la fuerza en nombre del concepto ético del Derecho, y no se percata de que el *ethos*, ó es ideal y transciende á la realidad del hecho, entrando entonces en la filosofía dualista, ó es inmanente en la realidad misma, y entonces es una nueva terminología de la fuerza y no una entidad distinta de ella. Tal incertidumbre de criterio se explica fácilmente cuando se considera que el pensamiento de Dhan no se ha madurado mediante una labor de reflexión deliberada, sino que se ha ido gradualmente formando bajo el impulso ocasional de la crítica y de la polémica con Jhering. Como el *fin* de este último es el resultado de una dialéctica que se propone reducir y explicar por las estrecheces del egoísmo la variedad de los motivos finales de la conducta jurídica, así la razón de Dhan es el resultado de una dialéctica contraria que se propone reducir la variedad de los coeficientes causales del Derecho á la unidad de su coeficiente racional. Dialéctica en verdad muy fácil, porque la fenomenología de la conciencia jurídica tiene dos fases, y Dahn sólo tenía que fijarse en aquella de ambas que se había escapado á su adversario.

Así, de todos modos, asume en esa *Vernunft*

cada una de las tres significaciones posibles atrás mencionadas. ¿Satisfacen, si no á las tres, á alguna á lo menos de ellas?

Como fuerza psicológica del alma popular, es ella un principio defectivo, lo mismo que la *conciencia popular* de la escuela histórica. Conciencia y razón son puras fuentes psicológicas que responden al *quia* y no al *quid,* al *woher* y no al *was.* Pero ¿cual es, pues, el contenido de esa comunicación? ¿cuál el término objetivo á que tiende esa razón? La escuela histórica y Dahn contestan á una: »el Derecho mismo« cayendo así en un círculo vicioso, pues dan por resuelto aquello precisamente que se quiere resolver. Cuando quieren explicar el Derecho apelan á la *conciencia popular* ó á la *razón*; cuando la *conciencia popular* y la *razón* apelan al Derecho.

Como forma puramente ideológica del Derecho, ó sea, como *opinio necessitatis,* la *Vernunft* es también un motivo vano é insignificante. Que en toda institución jurídica se descubre aquella forma; que sin aquella necesidad moral el Derecho deja de ser Derecho y se convierte en fuerza bruta es ciertísimo; pero en una doctrina como la de Dahn eso no es bastante. ¿cuál es el fundamento racional de esa *opinio necessitatis?* ¿y cuál es el criterio moral que la modera?; y encerrando el asunto en los límites del empirismo, ¿cuál es la ley de hecho que asegura que la *opinio necessitatis* de tantos sujetos diferentes converja en un centro único y en una necesidad jurídica común é idén-

tica? Sin embargo, sin una tal ley esa necesidad no es sino una opinión, una *doxa*, un término accidental y psicológico, no susceptible de síntesis científica. La *Verdunft in Recht*, cuando se la concibe como variedad lógica de aquella ley de la conciencia que implica la subordinación de lo particular á lo universal, es un principio más vano que nunca. Esta subordinación es un procedimiento de la lógica formal que carece de contenido, pero que lo presupone.

¡Subordinación! está bien; pero lo que tratamos de conocer es que universal es ese á que está subordinado lo particular, y ese universal no puede ser dado por el hecho mismo de esa subordinación la cual no es concebible sin su previo consentimiento. Y precisamente porque esa subordinación es un procedimiento de la lógica formal, lo no justo, como lo no cierto, y como lo no bello no es sinónimo de lo no lógico. Lo injusto tiene una lógica formal no menos rigurosa que lo justo: la lógica material, ó sea, la falacia del contenido objetivo, es la que lo vicia, la que lo hace ser injusto. Evidentemente Dahn concede á las exigencias de la lógica un contenido material; él, como los hegelianos, realiza la lógica y la convierte en ontología. Y no vale decir que el Derecho, refiriéndose á seres racionales, tiene que ser racional, porque aun eso es proceder contra el dictamen de la lógica; porque el predicado de lo racional es en tal caso ó un pleonasmo ó una restricción. Un pleonasmo porque la racionalidad se sobrentiende

referente á todos los órdenes, cognoscitivo ó real, de las cosas tocantes al hombre y como sobreentendido no hay que expresarlo; y una restricción porque el Derecho no es una función simple de la razón, y menos de la razón concebida como sistema de lógica formal, sino una función compleja de la criatura racional, la cual por ser racional no deja de ser criatura, y como tal, sometida al imperio de las leyes biológicas. En el un caso la naturaleza del Derecho se parafrasea más que se explica; en el otro se desfigura; y paso por alto aquella índole puramente especulativa de la *Vernunft*, incompatible por la lógica de las cosas con la naturaleza ética del Derecho que ella quisiera ó debieron explicar. Baste sólo notar que un filósofo jurista, adversario como Dahn del *Derecho natural*, toma de ese mismo Derecho aquel principio que es su elemento caduco y problemático: el principio de la razón como sistema puro y simple de las leyes lógicas y formales.

La naturaleza equivoca de la fórmula sintética que propone, no quita, por otra parte, que el autor abandone todo doble sentído y sea claro y explícito allí donde se trata de fijar la misión y el proceso metódico de la filosofía del Derecho y de mostrar al desnudo su vocación realista. Objeto de esa filosofía será lo universal jurídico, pero de ese universal se presupone que se cumpla en lo particular; que víva en la realidad y en la historia y que sea accesible por consiguiente, como cualquiera otra realidad empírica, á la lisa y llana experien-

cia. *So gewiss das Allgemeine nicht ausser und über dem Besondern ist, so gewiss ist die Idee des Rechts nicht ausser und über den nationalen Rechten, sondern nur in Jhnen. So ist die Rechtsphilosophie die Wissenschaft von der Rechtsidee in der Geschichte, ihr Princip ist nirgend ein metaphysisches, sondern das historische.*

La idea del Derecho, como cualquiera otra idea, tiene vida en la historia. Así como el género abstracto «humanidad» se concreta, se verifica y y está inmanente en los pueblos de la tierra, así el género abstracto «Derecho» está inmanente en los diversos derechos históricos y no ya en un pretendido derecho natural. *Welches das allen Einzelrechten Gemeinsame als gemeines Menschenrecht abstrahiren möchte.*» El Derecho natural que tiende hacia la unidad de la idea del Derecho, olvida que la unidad de la idea nada tiene que ver con la unidad de la forma, sujeta á un perenne flujo de variación. La filosofía del Derecho debe descubrir á la *razón* viviente en la misma realidad, guiándose por la experiencia de la historia y por la comparación de los derechos positivos. Su contenido es, pues, el mismo de la escuela histórica, que ella reelabora y remaneja. *Die Speculatión auf Grund der Ergebnisse der historischen Schule ist, unseres Erachtens, die heutige Aufgabe der Rechts philosophie.*

Esta especulación de la cual, por un procedimiento dogmático poco filosófico, se circunscriben *á priori* la materia y los límites, se entiende á mala

parte por aquellos que están viciados en el doble error de una noción poco exacta de lo universal y de una negación arbitaria del procedimiento abstractivo del entendimiento humano. Lo universal práctico y normativo, y tal es lo universal jurídico, no está necesaria ni integralmente individualizado en lo particular como lo universal teórico; sino que la aproximación es mayor ó menor según los casos,lo que prueba que no se cumple indispensablemente en ninguno de ellos.

Que si en la filosofía del Derecho se quiere poner solamente atención en su misión especulativa, y si en lo universal jurídico se quiere ver un universal teórico, no se explicaría por qué ese universal no puede ser motivo y objeto de una especulación automática é independiente, y porque es legítima sin embargo la investigación relativa á los derechos particulares. Que lo universal se concrete solamente en lo particular, no es óbice para que lo universal pueda ser objeto de un estudio analítico y abstractivo. Negarlo es cerrar el paso á toda ciencia, que es análisis de una síntesis real. Si lo universal vive necesariamente en lo particular, si es lo general en que convienen los hechos particulares, será tanto más legítima su especulación cuanto que será el único arbitrio para conocer esos mismos hechos particulares. Porque ese conocimiento sólo puede alcanzarse, como se verá en lo que sigue, interpretando los fenómenos *en función* de lo universal: *sub specie æternitatis*, podría decirse con Spinosa.

Evidentemente Dhan no tiene conciencia de la lógica profunda de su universal, que estaría tan lejos de estorbar á la ciencia cuanto que antes la invoca y la legitíma. Su doctrina indica un arrepentimiento. Concibe lo universal por bajo de lo particular; y por consiguiente como ello, móvil, relativo, objeto de experimento. Antes que ser el elemento común en que los particulares convergen, su universal se interpreta como una cosa que varía en cada caso particular, corriendo así la misma suerte en cada momento particular é histórico. No puede establecerse especulativamente diferencia entre lo universal asi entendido y lo particular, porque realmente no la hay. En esta teoría de Dahn se revela, pues, en su desnudez el perpetuo equívoco en que ha incurrido siempre el empirismo para impugnar á la metafísica; el de juntar con lo universal y lo abstracto aquellas exigencias que sólo puedan ser satisfechas por lo particular y lo concreto; el de negar la objetividad de lo universal sólo por empeñarse en concebir esa objetividad de modo que sólo lo concreto puede cumplirla; el de tratar, en suma, lo que está reconocido como abstracto de la misma manera que lo concreto.

Pero hay más: otro problema aún más arduo queda sin resolver por ese superficial empirismo. Nos decis que lo universal vive en los particulares, ¿pero en virtud de qué lo decís?; ¿con qué criterio habeis tratado ese conocimiento?; ¿acaso con el de la experiencia? Pero la experiencia nos da á lo su-

mo una materia confusa, caótica, inerte en que no hay ninguna relación ó lazo ideal; en la que nada hay ni universal ni particular. Los particulares son tales particulares porque tienen relación con un universal; un término es correlativo del otro. Ahora; ¿de qué modo la experiencia de lo particular, es decir, uno de los términos de la relación puede producir *ex nihilo sui*, no sólo la noción del otro término, sino, lo que es más, la forma de relación entre ambos?.

La concordancia de varios hechos particulares ¿podrá acaso colmar la falta de experiencia de uno solo aislado? Pero la concordancia presupone el criterio sobre aquello que concuerda; la coincidencia de varios particulares en un *quid*, presupone la noción del *quid*. Dhan no podría tampoco valerse de ese expediente, porque concibiendo lo universal variable y relativo como lo particular, excluye ya la posibilidad de la coincidencia en un *quid*, cualquiera que sea, que es la condición *sine qua non* de la concordancia. No concuerdan sino términos que tienen algo de común y semejante.

Por esa incoherencia característica de los pensadores que son más artistas que filósofos, no renuncia aun Dhan á descubrir en el Derecho un criterio racional y absoluto, hablándonos en otro lugar de una *Rechts-Kritik*, la cual, á su parecer, supone «*einen von dem zu Kritisirenden Gegenstand unabhangigen Masstab,*» pero no concluye, como debiera, que entonces ese criterio independiente del objeto que se juzga, no puede ser conocido por la

sola observación del objeto mismo, sino que tiene que proceder de otro origen. Una *crítica* que pretenda fundar su criterio en el objeto mismo sobre que versa es absolutamente una petición de principio. Más vale profesar logicamente que la fenomenología es exclusiva y necesariamente dogmática: la adoración plena, inconsciente, fanática de la realidad del hecho, cualquiera que sea.

§ 3.—El logos de la justicia.—A. Lasson.

El realismo jurídico de Lasson, de este fanático de la escuela hegeliana, es resultado de ese supremo criterio dialéctico que pone el maestro como base de la filosofía universal.

Lo real no se distingue de lo racional; luego la filosofía, que es doctrina de lo racional, comprende al mismo tiempo á lo real. Esa conciencia que juzga vana y efímera la realidad de lo presente y pretende superarla, no sale del vacio que ella misma se crea. De su estrechez y de su inopia nativa sólo se libra aquella que ve en lo presente el reflejo de la racionalidad y de la idea, y reconoce en lo temporal y pasajero la sustancia eterna que lleva siempre presente en si mismo. Las leyes del Derecho se distinguen de las leyes de la naturaleza, en que el criterio para juzgar estas últimas está fuera de nosotros, está en la naturaleza misma, mientras que el criterio para juzgar aquellas primeras reside en nosotros y está en nuestra conciencia. Hay sin embargo, en las leyes del Derecho una antítesis entre lo

que es y lo que debe ser, antítesis que no existe en las leyes de la naturaleza; bien que esa antítesis no tiene un alcance absoluto; porque el deber ser no es una noción transcendente sino un ideal inmanente en el ser: un ser á su vez. El deber ser hegeliano es una propiedad perenne y perennemente presente del ser. Es la explícita negación de una potencia no operadora y de un posible que no sea real, de un imperativo que no sea un hecho, de una ley positiva que no sea Derecho racional. La filosofia del Derecho tiene, pues, por objeto decirnos aquello que es y que precisamente porque es, es tambien racional; pues para decirnos lo que debe ser la filosofía llega siempre tarde. Aparece cuando el proceso de la realidad está ya cumplido, y sale á luz cuando el mundo está completamente formado. Sus enseñanzas son supérfluas, porque ya nos las dió antes la historia, la cual no vuelve sobre sus pasos para dar gusto á la filosofía. El murciélago de Minerva alza solamente el vuelo en la hora del crepúsculo, cuando ya el sol se ha puesto.

Para la escuela hegeliana, por lo tanto, la filosofía del derecho es una fenomenología de índole racional, un realismo *a priori* porque el filósofo preconcibe lo real en la forma de lo racional; pero siempre como realismo, porque excluye sistemáticamente una noción autónoma y subsistente de lo ideal. En este realismo *a priori*, en esta paradoja filosófica se resume el sistema de Lasson.

La filosofía del Derecho—dice—transfiere al terreno del Derecho y cumple en él el objeto de la

filosofía general. Ahora bien; el fin de esta última es comprender la racionalidad inmanente y reconocible en las mismas cosas: *im Seienden überhaupt die ihm immanente Vernunft zu begreifen, d. h. das Seiende zu erkennen.* La filosofía, como conocimiento de aquello que es, es de naturaleza puramente teórica y no normativa. Las leyes de la conducta se fundan en una experiencia racional y no en una teoría filosófica; teoría que no se cuida de dar leyes á nuestra voluntad, sino que indaga solamente el contenido real de la voluntad racional: *sie giebt Keine Worschriften, sondern entwickelt den Inhalt nnd Grund des für das Handeln vernunftigerweise von je gültigen Sollens.* Toca, pues, á la filosofía del derecho comprender el derecho positivo en su racionalidad interna y en su relación con los otros fenómenos de la vida; pero no construir un derecho posible, ideal, diverso del que realmente existe. *Anch sie ist reine Theorie von dem was ist, nicht eine Anweisung zu dem was sein soll. Das Recht was von jesich unter den Menscken entwickelt hatsucht sie zu begreifen, ans dem Princip alles Rechtes abzuleiten, nach seiuer inmanenten Vernünfttigkeit zu erfassen.*

Antes de que se forme la filosofía está ya completamente formado el Derecho. No sólo la filosofía se lo encuentra ya establecido, sino que se encuentra también formada toda una ciencia del derecho, que ella avalora, y de cuyas doctrinas extrae y desenvuelve los principios supremos, aplica-

bles á todas las formas de existencia y á todas las formas de desarrollo del Derecho. El Derecho es fenoménico por naturaleza; es un sistema de preceptos efectivamente vigentes y reconocidos como tales en una sociedad dada, emanados de un poder autoritario y coactivo, el cual los interpreta en los casos de controversia y los sostiene contra las resistencias individuales. Todo derecho, empero, es positivo; rige hoy ó rigió ayer, hasta que, cesando de ser hecho, cesa también de ser derecho. *Es giebt Kein Recht von Natur: Recht giebt es nur durch wotzung. Niemand hat natürliche angeborene Rechte: sondern was einer an Rechten hat das hat es vermögedes objectiv vorhandenen Rechts erworben durch Uebertratung durch Zugestandniss erlangt.*

La tendencia á examinar las relaciones sociales á la luz de una pretendida justicia es falaz, y las construcciones del derecho natural son sueños; no habiendo sabido comprender sus noveladores que aquella su *recta ratio,* elevada á norma de los derechos positivos, no es sino el producto y detrito histórico de las mismas condiciones del hecho, y que su *Naturrecht* es una proyección ideológica del mismo derecho vigente en su tiempo.

Lasson es, pues, eminentemente relativista. Aparte de la dialéctica, que concilia *a priori* lo relativo con lo absoluto, su doctrina es en el fondo la misma de la escuela histórica, de la que casi se confiesa secuaz, y á la que culpa, no obstante, de no reconocer en la variedad de los derechos histó-

ricos y relativos la dinámica creadora de una Idea única del derecho, que se va desarrollando y embrollando en la sucesión del tiempo. (¡Como si la *Volksbewusstsein* no fuese precisamente una fórmula de esa Idea que invoca!) Y de la escuela histórica deduce el concepto de la causalidad y racionalidad inconsciente de la evolución jurídica, al cual atribuye, se entiende, un significado lógico, que satisface perfectamente las exigencias de su sistema. A la antigua concepción de la escuela histórica, el misticismo pietista, se adhiere por completo, amalgamándolo convenientemente con el ortodoxismo de su maestro. Así nos habla de leyes morfológicas internas del derecho, que determinan paulatinamente su desarrollo, y admite y confirma el concepto de la silenciosa evolución del derecho en las profundidades del espíritu popular.

A pesar de ello, ó, mejor dicho, en gracia de ello, reconoce á través de la variedad y relatividad de los derechos históricos una suerte de entidad permanente, que es pura expresión de la Idea y del Logos, y que, como tal, se sustrae á la evolución histórica. Como antítesis, ó todavía mejor, en correlación con el Derecho, reconoce lo Justo *(Das Gerecht)*; pero se apresura él mismo á declarar que esa noción está vacía de contenido subsistente, y no se sale de los términos puramente formales de la dialéctica *panlogística*. El *logos* de la justicia participa del formalismo frío y abstracto de la razón, que es el residuo final de un análisis corrosiva del pensamiento humano; análisis que, como

dice oportunamente Stahl, «*verschmäht die Speise, die ihr geboten ist, um, wie der Erfolg in allen Gebieten des Wissens gezeigt hat, in ihr selbst zu verträcknen.*» Lasson, después de habernos dicho que el contenido del derecho se infiere de la razón práctica, no acierta á darnos de esa razón y de lo justo sino la fórmula siguiente: *Die Vernunft setzt als das, was ihr entspr:cht nicht als die Form der Allgemeinheit und Widerspruchslosigkeit: das Gleiche, was immer wiederkehrt und in der Verschiedenhett sich als dasselbe erhält, ist das Vernünftige. Soweit die Vernunft herrscht werden alle Unterschiede und Gegensätze durch ein übermächtiges Gcsetz der Allgemeinheit und Gleichheit zur Harmonie und Einheit zurückgejührt. Dieses rein Formelle nun heisst das Gerechte: in seiner Anwenduug auf die von der Natur gegsbenen menschlichen Verhältnisse ergiebt es das Recht.*» Lo justo es, pues, aquel momento lógico que subordina y hace entrar las relaciones sociales dentro de la universalidad, y como momento lógico tiene significación negativa. El contenido que se pretende ó se desea atribuirle es la ausencia de la contradicción, ó sea la presencia de una relación formal de identidad, que permanece relación formal sin llegar nunca á substancia, porque nada se nos dice acerca de su materia. *Das Gerecht hat die Form einer Regel und eines allgemeinen Gesetzes: der Inhalt dieses Gesetzes ist dass das Gleiche gleich und das Ungleiche im Verhältniss zu seiner Ungleichheit udgleich behandelt werde.*

No se requieren profundas reflexiones para descubrir la *petitio principii* que vicia toda esta teoría. A quien busque el contenido de la relación de igualdad responde ella que ese contenido.... es la igualdad. El sentido común nos ha habituado ya á ver ahí una relación; Lasson la sustituye por una cualidad. Que dos cosas iguales deben ser tratadas igualmente ya lo sabemos; lo que no sabemos y tratamos de saber, es cuales son esas cosas iguales y porqué y con qué criterio hemos de discernir la relación de igualdad. Evidentemente la pretendida igualdad de Lasson no es otra que la noción lógica de la proporcionalidad, como lo ha observado oportunamente Hartmann; proporcionalidad que, agregaremos por nuestra parte, es en la teoría de Lasson como la forma *a priori* de un juicio cuyos términos se ignoran. Eso no quita, por otra parte, que nuestro autor nos repita en todos los tonos la fórmula universal *«wie du mir soich dír; was du nicht willst das man dirthu; das füg auch keinem andern zu»*, ó sea la de «no hagas á otro lo que no quieras para ti», hablándonos de ella como de cosa que encaja perfectamente en su sistema. Pero ante todo, esa fórmula tiene un gran significado en la filosofía cristiana, la cual, antes de comunicarla pura y simplemente, nos ha dicho clara y redondamente su contenido, o sea, *aquello que no queremos para nosotros*, mientras que en la filosofía de Lasson esa fórmula nada significa Esa máxima además, tal como es, tiene un significado negativo, pues nos dice lo que no de-

bemos, pero no lo que debemos hacer. Ningún sfstema de ética puede fundarse sobre esta frágil base. La moral cristiana integra esa máxima con esta otra: «haz á los otros aquello que quisieras que te hicieran á ti», dictado que no puede entrar de ningún modo en el formalismo negativo de Lasson, cuyo *justo* es, por lo tanto, una estenuación de la justicia de que nos habla la filosofía griega y la filosofía cristiana, no un principio moral. Pero hay más. Porque también esa máxima negativa de Lasson tiene un efecto imperativo que está en contradicción con la índole puramente lógica de su sistema. El *logos* expresa un juicio, no un mandato; acaso no expresa siquiera un juicio, ó sea, una relación real entre dos términos (relación que es algo de sintético), sino la repetición analítica de una noción ya *presupuesta* expresada. Expresa un mero juicio hipotético que carece de valor ontológico. Verdaderamente no dice: «es esto, es esto otro» sino «no puede ser lógicamente esto, no puede ser lógicamente esto otro». Su término y resultado, como dice Schelling, y demuestra Stahl, no es el *Seyende*, sino el *Nicht-nichtseynkõnende*.

Este Justo, que no es realidad, ni siquiera ideal de conducta; que no es un hecho, ni una norma, ¿podrá á lo menos llegar á ser lo uno y lo otro al aplicarse á las relaciones sociales, en las cuales encontraría ó podría encontrar una materia *preparada* y *dispuesta* á recibir su sello? No, evidentemente; porque tal como está concebida no tiene esa misma forma relación alguna con el mundo so-

cial y jurídico. Ahora bien, para que una tal forma en el sentido aristotélico ó en el Kantiano, anime á una materia ó la marque con su sello, es menester que haya previamente cierta afinidad ideal entre ambas, ó valiéndonos de un término de la escolástica, que la una tenga afinidad por la otra.

Lasson, para salir del atolladero, presta á las relaciones sociales y á la actividad sensitiva y emocional del hombre, aquél contenido objetivo que falta á su fórmula de lo justo. Así, en las relaciones sociales supone una cierta vocación interna, una especie de susceptividad hacia esa ley de subordinación é integración en la universalidad, y en la conciencia del hombre una predisposición psicológica, ó podríamos decir, un instinto racional hacia la misma ley, sin que por eso resuelva el problema de objetivar este *logos* de la justicia. Lo complica así y lo dificulta, porque esa reciptividad de las cos s y esa tendencia del hombre, son una reciptividad para no se sabe qué, y una tendencia cuyo objeto se ignora.

Privado así lo *justo* de todo carácter subsistente y autónomo, es natural que el mismo autor subordine su posibilidad á una *conditio sine qua non:* á la preexistencia de un órden jurídico ya formado. *Damit der Begriff des Gerechten zur Anwendung gelangen könne, wird die Auerkennunn eines vorhandenen Zustandes von Personen und äusseren Güter vorausnesetzt: das Gerechte enthält dann äie Forderung dass an dem vorhande-*

nen Zustandc nichts ohne zureichenden Grund geändert werde, alle Veränderung aber nur so eintrete, dass ein bleibendes Gleichgewicht sich stetig wieder herstelle. eludiendo así el problema so color de resolverlo. Ere orden jurídico que debiera ser un *posterius* de la fuerza activa y operadora de la justicia, no es en su lugar sino un *prius;* el esta blecimiento del derecho que parecía deber ser el problema fundamental, no es ya un problema, sino un presupuesto dogmático.

Si se pregunta que es lo *Justo,* cl autor apela al orden jurídico preexistente, y si se pregunta por su fundamento, por el *Grund* de ese mismo orden jurídico, tendrá qne apelar á lo *Justo,* ó que confesar francamente que el problcma es irresoluble dentro de su doctrina. Porque evidentemente, en la evolución reversiva de los órdenes jurídicos de hecho, no podemos menos de concebir uno, primero de la serie, siendo absurdo referir ese á otro que lo haya precedido. Alejar el término de la cuestión, no es resolverla. Todavía podríamos conformarnos con esa fórmula de la justicia á falta de otra mejor, si Lasson la siguiese lógicamente. Es una fórmula conservadora del *statu quo ante,* y no ya creadora de un estado jurídico no nacido todavía; pero después de todo, es un imperativo, y por lo tanto, significa una deserción del programa realista que el autor defiende. Aparte de que algo servirá si, tomada en serio, asegura al hombre, es decir, á todos los hombres, su equivalencia legal bajo el orden establecido. A falta de

justicia, podríamos conformarnos con la legalidad. Así, si el orden establecido es la esclavitud, cada uno de nosotros tendrá el derecho de ser tratado como los otros esclavos, cuando menos, no peor que ellos. Pero las cosas no van por ahí para Lasson. Dice clara y redondamente, que el hombre puede renunciar libremente á los derechos que aquella equivalencia legal le asegura, sin que en tal caso se le infiera ningún daño. No tiene ningún derecho á afirmar su voluntad en nombre de lo justo, ó sea, en nombre de la libertad. Y véase ahí una doctrina, como la de Lasson, que se manifiesta sistemáticamente contraria al derecho natural, caer en el error que vicia al derecho natural en el *Aufklärung:* en la máxima contratual.—Pero acaso, y aun seguramente, en esto es Lasson más lógico de lo que parece. Todo acto debe ser guiado por un motivo; toda potencia está relacionada con un acto; toda tendencia tiene un objeto. Una forma vana, sin contenido, un árido término lógico, podrá ser una noción provisional para el filósofo, un ingénuo *desideratum,* una piadosa intención, pero no será nunca un sistema ni un concepto seguido rigurosamente. El sistema exije un contenido cualquiera que sea, y la realidad de la vida, que es eminentemente sintética y variada, ejercita á la larga demasiado la mente del filósofo para adaptarse llanamente á la aridez de su *logos*. Cuando el contenido no viene, sea de afuera, sea de cualquier parte, estese seguro que surgirá de dentro. El formalismo lógico va á dar así en el más supino ma-

terialismo: el que tiene por norma y por contenido el arbitrio del sujeto.

Reducido á tan mísera cosa lo *Justo,* no sé en verdad con qué razón lo concibe Lasson en algunos puntos como elemento que vive de hecho en el derecho positivo; que lo impele de continuo y á las instituciones particulares hacia un término de progreso que les dan autoridad y solidez, ni sé con qué fundamento personifica en la equidad *(Billigneit)* ese proceso de gradual y relativa aproximación del derecho histórico á lo justo, proceso que pretende descubrir en la evolución jurídica. Mucho menos se comprende con qué motivo racional deduce de la aplicación defectiva de ese justo formal, esa insuficiencia, ese vacío del derecho positivo que ninguno de los filósofos del día ha sabído ilustrar con tanta penetración de análisis y con tanta frescura de intuición como él (1).

Evidentemente, en el desarrollo del discurso, esa forma vana y lógica se convierte inconscientemente en una representación rica de contenido, que quizás, y aun seguramente, tiene muchos puntos de semejanza con el tan aborrecible *Naturrecht.* Si lo justo fuese solamente una forma lógica, téngase por seguro que toda forma histórica sería tan perfecta como las demás. El derecho positivo no necesitaría proceder hacia el más allá, porque no se trata ni del más allá ni del más acá.

---

(1) S. 234-236; 274-278, y todo en conjunto el párrafo 28, donde la vanidad, y podría decirse la incapacidad del derecho positivo, es objeto de un análisis finísima.

La razón, como puro sistema de leyes lógicas, es por excelencia quiescente, inmóvil, antihistóri ca. No se sentiría tan descontento el hombre del orden jurídico presente si la conciencia humana no hubiese ya conferido á lo justo un contenido objetivo, y si la falta de acuerdo entre aquel orden y este contenido no la mortificarse con el acre dolor de una esperanza no satisfecha. La insuficiencia del derecho positivo, el estado continuo de anhelo, de dolor, de esfuerzo de la evolución jurídica constituyen un argumento precioso en favor del derecho natural, que se nos representa á todos como el término de satisfación de aqnelia necesidad, de supresión de aquel dolor, de cumplimiento de aquel esfuerzo. Ciertamente no es cso bastante para fundar sobre bases sólidas la objetividad del derecho natural. Aquel argumento prueba luminosamente la necesidad psicológica de la representación del derecho natural, no la necesidad ontológica de la Idea de él. Pero la necesidad psicológica podría conducir espontáneamente á argumentar la necesidad ontológica, el dia en que se persuadiese el filósofo de que nada es vano en la economía del universo; que á las tendencias universales y constantes de la naturaleza humana debe corresponder un término igualmente universal y constante que ellas; que el dolor nace del sentimiento del mal y del deseo del bien, y que cuando todo, hombres y cosas, hechos y doctrinas, nos engañan, nos queda, sin embargo, como secreto residuo una cosa que nunca se engaña, que es aquella que nos hace co-

nocer los engaños de fuera, y esa cosa es la conciencia.

ART. II.—LOS PRINCIPIOS PSICOLÓGICOS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

§ I. El principio del respeto á la fuerza del superior. *(Achtung)*.—J. H. von Kirchmann.

Después de haber examinado los principios objetivos y dialécticos del realismo jurídico, pasemos ahora á tratar de esos otros que hemos ya denominado principios psicológicos, (cap. II.), porque derivan la fuerza y la causa imperativa del derecho de un motivo interior del ser humano, y antes que de ningún otro, del principio enunciado y demostrado por Kirchmann, el cual expone con severidad y rigor científico el aspecto puramente naturalista del psicologismo.

La ciencia moral y jurídica, según Kirchmann, no debe tener por motor las ideas ó los principios universales objetivos «*aus denen der besondere Inhalt sich zu erzeugen oder dialektisch su entwicheln hätte*» sino la observación pura y simple del ser particular. Es una ciencia natural é inductiva del orden ético; sus principios son, lo mismo que los de las ciencias naturales, una laboriosa adquisición de la experiencia, debiendo renunciar á la pretensión de producir su objeto sacándolo de sí misma, y limitarse á observarlo tal como lo reciba de lo exterior. Debe, por consiguiente, desterrar la noción metafísica del deber, á que arras-

tran inevitablemente todas las doctrinas que tienen por norma los principios morales objetivos, y atender sólo al sér; al sér que se conoce, no mediante una representación de lo futuro, en que se hace intervenir al deber, sino por una mirada reversiva sobre lo pasado. Las doctrinas explicativas del deber no han explicado lo más importante: el momento imperativo del orden ético. La razón del *Aufklärung* dista mucho de contener el deber, porque la razón es un sér del cual no se deriva el deber de la criatura racional. La razón es pensamiento, es saber, pero no es imperativo.

Ni la ley como tal ley, ó sea, la ley categórica y universal de Kant, es verdaderamente imperativa y productora del deber. Es ley racional y no eficiente; es la representación del precepto que se supone conforme al deber, no la actividad operadora efectiva del precepto en la conciencia del sujeto. La sana filosofía jurídica, la que trata del estudio y conocimiento del ser, tiene por término, no la potencialidad abstracta del precepto; sino su actividad positiva.

La experiencia y la historia no nos dan el deber ser, sino el ser, ó el ser dominado por tal ó cual mandamiento cuya observancia se debe á la influencia que ejerce en la facultad emocional del sujeto este ó aquel poder. La ley no es un imperativo de la razón, sino el mandamiento de un poder, y no el mandamiento como mandamiento, sino el mandamiento operador, esto es, obedecido por aquel á quien se dirige: *nur das wahrgenommene*

Gebot ist das wirksame. Ahora bien, esa eficacia activa del precepto es inconcebible sin un legislador, la intuición de cuya fuerza, despierta en el sujeto esas emociones, esos motivos empíricos que lo obligan á la obediencia. La fórmula de la filosofía moral y jurídica no es, pues, el *Sollen,* ó sea, la observancia de la norma por el conocimiento de su valor moral, sino la *Achtung,* esto es, la observancia de esa norma por el conocimiento del poder físico de la persona que manda, por un temeroso respeto á la fuerza superior. Y es el *Achtung* el sentimiento agudo de la propia inferioridad, que se insinua en el ánimo del hombre en presencia de una fuerza física ó de una fuerza respecto á la cual se anula la suya propia; una fuerza que se le presenta como desmedida é inmensurable y contra la cual no concibe que haya resistencia posible. *Die Achtung ist der Zustand des Ich, welcher aus der Anschauuug der unermesslichen erhabenen Kraft entstanden, den eigenen Willen unmittelbur dem erhabenereu Willen unterwirft und so dem Gebote desselben die Wirksamkeit auf das Handeld des Ich gewährt.* Esta *Achtung,* este temeroso respeto que carece de significado ético, de suerte que, como el autor expresamente profesa, «*ist die reine Naturwirkung der übergrossen physischen Macht auf den davon betroffenen Menschen*» es la que pone él por base de la moral. El arbitrio de la fuerza superior asume valor de volición ética, por el nexo causal que asocia ese arbitrio con el sentimiento de respeto del sujeto. La

esencia de la moral y del derecho no consiste en un principio objetivo y substancial, en una materia, sino en una forma; en la forma de la imposición. El derecho tiene un valor, no porque posea un motivo racional, sino porque el poder lo quiere y lo impone. Todo derecho se refiere, pues, á un poder coactivo, eficiente, operador; sin embargo, el derecho es positivo por naturaleza. No existe derecho natural, apoyado en un principio objetivo de orden moral.

Este escueto naturalismo—prosigue el autor,—parece que se opone á nuestro senfimiento moral. Concebimos la moralidad como un estado libre y autónomo de la conciencia, independiente de la fuerza y de los impulsos naturales. No es de creer, sin embargo, que esta oposición del sentimiento mine la teoría del *Achtung*; porque una cosa es el contenido del sentimiento y otra su origen y la naturaleza de sus factores primitivos. Reconocer como estado de conciencia la presencia en nosotros, ó sea, en nuestro interior, del convencimiento de un imperativo incondicional, no es lo mismo que probar la realidad primigenia de ese imperativo. Ese convencimiento es así la conversión psicológica de la misma *Achtung*, esto es, del temeroso respeto á la fuerza imperante, y es el efecto de un proceso lento y gradual de las cosas, mediante el cual el sentimiento del respeto se ha ido transfiriendo de la persona del legislador al contenido y á la forma de la ley. Por virtud del hábito y de la herencia secular, el sentimiento del respeto se ha ido

progresivamente desligando de la representación material de la fuerza del superior y asociando al valor impersonal de la ley. Nuestro sentimiento moral radica precisamente en esa *obliteración* histórica del motivo y del contenido material del *Achtung*. Esta transformación psicológica del sentido del respeto, garantiza la eficacia operadora de los preceptos positivos, aun cuando los poderes que los hayan promulgado no sean ya poderes imperantes, haciendo que el derecho, nacido de la fuerza, no dependa de la suerte mudable y azarosa de la fuerza.

En virtud de esa transmisión de la *Achtung* desde la persona del superior al contenido moral de la ley, el precepto adquiere carácter, origen y fundamento de obligación, aunque la fuerza que presidió á sus orígenes no está ya presente en el acto moral. El valor moral del precepto es, pues, tanto mayor cuanto más antiguo sea este, porque tanto más independiente y autónomo se habrá hecho en tal caso de las condiciones pasajeras de existencia y de duración del poder positivo que lo produjo. Y además, á esta asociación psicológica del *Achtung* con el contenido moral de la ley, se debe referir como efecto ese sentido de adhesión espontánea que sentimos por la ley positiva que sustituye en el proceso de la evolución jurídica á ese primitivo sentimiento de sujección, de opresión, de repugnancia que se asocia á las fases originarias del *Achtung*.

El contenido de nuestro sentimiento moral no

se opone pues, á la teoría del *Actung*, á la cual—prosigue el autor—no se podría tampoco negar que traduce las relaciones morales en relaciones cuantitativas de las fuerzas fisiológicas. La fuerza del superior es á tal punto desmesurada, respecto de la del sujeto que toda verdadera lucha entre ellas se hace imposible á la última. La fuerza del legislador se representa al ciudadano no ya como una fuerza mayor que la suya, sino como una fuerza *infinita*. Como tal y por tal motivo produce ella el *Achtung*, que es, sobre todo, ese sentimiento de temerosa veneración que experimenta el hombre ante lo infinito ó lo que concibe como infinito.

Esta doctrina de Kirchmann se traduce en la antigua teoría del temor de Hobbes, ó en la de la fuerza de Spinosa y de Haller, elevada á la dignidad filosófica con el oportuno auxilio que le confiere el principio de *asociación psicológica*, por cuyo motivo tiene nuestro autor el principal mérito, no participado por ninguno de los filósofos jnristas alemanes del día, ni aun por Jhering, de haber superado los límites del pensamiento nacional, infundiéndole nuevo vigor en los manantiales más frescos, y podría decir más vitales, de la psicología y de la moral inglesas. El principio de asociación psicológica representa siempre el sostén relativamente más firme del empirismo. El filósofo que quiere con el egoismo hacer frente al altruismo, y con la fuerza al derecho, no tiene otro recurso que ese principio. Si lo rechaza, se pri-

vará de una antigua arma de la moral de los sofistas ó del decrépito sensualismo materialista, y no podrá presentar una teoría que responda á las refinadas exigencias de la moderna cultura filosófica. Tanto màs importante se nos hace el deber de examinar en cuanto contribuye ese principio á la doctrina de Kirchmann.

El proceso psicológico por el cual de la intuición del poder personal del superior se iría desprendiendo gradualmente la idea incondicional de la justicia, y se asociaría el sentimiento de respeto, desligándose cada vez más de la representación de la fuerza, al contenido objetivo de la ley, no puede ser seguido *a posteriori*, ó sea, comprobado históricamente. La historia consigna los hechos ya cumplidos, ya muertos á la mudanza y á la vida, y se le escapan esas recónditas nebulosidades de una labor psicológica que son y no son, que aspiran á convertirse en realidades sin serlo todavía de hecho.

Estas gradaciones intermedias, estas fases evolutivas del sentimiento moral que han cesado de ser desnudo y brutal sensualismo, pero que no son todavía una intuición espiritual, se escapan á la historia y á la experiencia, y solo son accesibles á un intuición especulativa y sintética de las cosas. El epicúreo podrá lisonjearse de sujetar el presente, el momento fugitivo, pero son estériles sus esfuerzos; el escurridizo presente huye de la percepción como del deseo del hombre, cuya vida se desarrolla entre lo pasado y lo porvenir; entre lo

que fué y lo que será; entre un recuerdo y un presentimiento. Aquel proceso psicológico tendrá pues, que ser argumentado *a priori*. Kirchmann, apartándose del presupuesto metódico de la observación empírica, tendrá que argumentarlo por vía deductiva. Un empírico diría que tendría que argumentarlo racionalmente. Ahora, el principio de esa demostración racional no puede ser el hábito, que es término relativo y no absoluto. El hábito, que es el repetirse y el consolidarse automático é inconsciente de un acto dado, presupone el acto, por la misma naturaleza de las cosas. La simple repetición del *Achtung* no aportará nunca un elemento nuevo que no esté ya contenido en su primera forma. La repetición de un acto expresa una relación cuantitativa y no cualitativa. El pretender que la repetición de una cosa dé una resultante cualitativamente superior á la cosa repetida, no difiere nada de pretender obtener la unidad como producto de una multiplicación de ceros. La asociación del sentimiento de respeto á la representación de la ley, ó existe en el acto primitivo que se repite y que se consolida en el hábito, (en el cual caso se confiesa que el motivo moral es coetáneo con el motivo egoista del miedo), ó no existe nunca.

Pero supóngase. sin embargo, que este absurdo sea superado por la *asociación* y atribuyase un poder creador al habito. Concédase que el sujeto vaya objetivando hacia lo externo en forma de sanción espiritual ese mandamiento vinculado por

el hábito, y que á fuerza de haber por tan largo tiempo ejercido su acción sobre él, se ha ido transfigurando. Pues ni así estará resuelto el problema. Y en verdad, la resultante de este proceso de objetivación no es la norma ética, el *nomos*, el imperativo necesario é incondicional. El poder positivo es mudable, el de hoy no fué el de ayer ni será el de mañana. La facultad representativa y emocional del sujeto no halla pues en el objeto del Achtung ese enlace constante y necesario quc se requeriría para que fuera posible objetivarlo y espiritualizarlo en una norma durable y categórica. A duras penas ha llegado la mente del hombre á dar sanción moral á la serie de imperativos de ese poder material que hasta aquel momento ha gravitado sobre él, cuando esa penosa y acerba labor queda frustrada por las vicisitudes trágicas de las cosas. Aquel poder material desaparece de un golpe y cede el puesto á otro, y la mente, en lugar de continuar y perfeccionar aquel proceso de con versión ideológica, lo ve roto súbitamente, teniendo que recomenzar desde el principio bajo el nuevo poder la fatigosa labor que hizo bajo el antiguo. La asociación psicológica del *Achtung* con el contenido moral de la ley, es un proceso que nunca se acaba, un porvenir perenne que nunca llega á ser presente. Cuando está para entrar en el mundo de la realidad y en el círculo de la historia, el tiempo lo precipita en el fondo en donde salió. Es el mito de Sísifo trasladado á la psicología moral.

Ni admitiendo que se verifique esa asociación

inconscientemente y sin esfuerzo, se llegará á la meta. Porque los fenómenos inconscientes del pensamiento son siempre, con todo, fenómenos psíquicos, y está en la naturaleza de ellos que la relación ideológica entre dos órdenes dados de cosas presuponga una serie continua, no interrumpida, de asociaciones psicológicas homogéneas y uniformes. Ahora bien, esa homogeneidad y uniformidad no es posible en este caso, porque el término y el objeto de nuestra experiencia, de nuestras conexiones internas, ó sea, el poder positivo, es heterogéneo y vario por su naturaleza, por lo cual la adhesión inconsciente del sujeto á la autoridad de ese poder tiene un contenido variabilísimo, cambiando de contínuo la representación ó la serie de las representaciones que ese poder ha provocado en el dicho sujeto y que yacen depositadas en el fondo de su espíritu. Pero aun sin este examen, es evidente que de la índole inconsciente de esa pretendida asociación psicológica se sigue precisamente el Πρῶτον Ψεῦδος de la psicología moral que se funda en ella; porque en tal caso es manifiesto que la autoridad objetiva de la norma descansa en un fenómeno de inversión ó conversión psicológica, en un engaño tenaz del instinto, que, revelado y descubierto por la conciencia y por la reflexión crítica despierta y madura, pierde todo prestigio y toda virtud activa en la conciencia moral del hombre. La moral del *asociacionismo* es solo sostenible mientras dura el periodo infantil de la inconsciencia, no cuando se despierta el po-

der crítico de la conciencia y discierne el hombre el verdadero alcance de los factores originarios de su sentimiento moral; no cuando se percata de que ese imperativo categórico, esa intuición espiritual del valor moral de la ley es una ilusión, una insidia tendida desde tiempo muy remoto con éxito á su ingenuidad; no cuando descubre y conoce todo eso, porque entonces de ese imperativo, de esa intuición, de ese sentimiento moral, de ese respeto, no queda sino la sonrisa del cínico ó del *espíritu fuerte*, acabando así miserablemente el *asociacionismo*. La fé ciega del sujeto en el pretendido infinito de la fuerza del poder imperante, esa fé en que Kirchmann funda inconsideradamente su filosofía moral y jurídica, se extingue en el espíritu del hombre, no bien alcanza el suficiente desarrollo para comprender que aquélla su antigua fé, es un deslumbramiento, una alucinación, y que la fuerza que le parecía infinita es limitada como todas las demás, y puede ser vencida ni más ni menos que la suya propia.

La moral de la asociación no tiene armas con qué combatir á la lógica satánica que pone en boca del hombre estos ó parecidos argumentos: he penetrado el problema de las cosas y he rasgado el velo que me lo mantenía encubierto; gracias á la reflexión he perdido las místicas y piadosas ilusiones de la infancia; ya se que la majestad de la ley se traduce á la postre en el capricho de uu hombre á quien la suerte ha encumbrado y puesto sobre los demás, pero á quien derribará y mandará

enhorabuena mañana; el punto de vista ético y jurídico, el deber, nada significan para mí, por más que significaran mucho cuando mi pensamiento no había alcanzado el punto de madurez en que al presente se encuentra. Hoy, dilucidado para mí el secreto de las cosas, miro esos principios como antigüallas (1).

Pero no solo con las exigencias de la moral está en pugna ese resultado; porque una filosofía que ha matado el sentimiento *para ver como estaba hecho*, podrá sostener á cara descubierta la inmoralidad absoluta, con tal de salvar su lógica. Ese resultado está también en contradicción con la experiencia y con la misma fenomología de la conciencia moral, porque el sentimiento del deber sobreviene, perdura en lo más sagrado de nuestra conciencia, sin que la reflexión y el excepticismo hayan conseguido desterrarlo de ella. La intuición de la ley como ley, esa intuición que debiera haber per dido el hombre dotado de juicio crítico, es, al contrario, tanto más activa y poderosa, cuanto máyor desarrollo ha alcanzado la inteligencia, y cuanto más se han aguzado la reflexión y el discerni-

---

(1) Este Πρῶτον Ψεῦδος de la teoría de la asociación, ha sido revelado luminosamente por Guyan, el autor de *Le morale anglaise contemporaine.* Ya, á propósitode Kirchmann lo había indicado Hartmann.—Phaenomenologie des sittlichen Bewusstseins.—Prolegomena zu jeder künftigen Ethik (1879) I 5661. Critícase allí profundamente la heteronomia de Kirchmanny en general todas las teorías que hacen descansar á la moral sobre principios autoritarios.

miento. Esa intuición pertenece verdaderamente á lo universal, y está tanto más viva, por consiguiente, en la mente del hombre, cuanto más se emancipa este de la representación de lo particular. Las escuelas filosóficas han podido modificar á su talante la materia, pero no la forma de la moral. Hará el edonista un deber de procurar la satisfacción propia, el placer; lo hará el eudemonista social de ir tras el bien colectivo; lo hará el purista del dominio sobre los impulsos naturales etc; pero todos sostendrán que lo que proponen á la elección humana es un deber. El mismo Kirchmann lo hace tratándose de la forma del mandato, forma que concibe como absoluta, porque mudándose los poderes y, por consiguiente, las fuentes del *Achtung*, no debe según su sistema cambiar el *Achtung*.

Privado, pues, el sentimiento del respeto á la fuerza imperante de aquel alcance ideal derivado del proceso de la evolución jurídica que pretende Kirchmann atribuirle, sólo le queda su contenido primigenio, escueta y brutalmente materialista. Por odio excesivo á la autonomía de la voluntad kantiana, aún en lo que tiene de cierta y plausible, cae Kirchmann en la heteronomía más exagerada y repugnante. No sólo no es para él el espíritu, creador *ex nihilo* de las leyes de la moral, sino que tampoco es un sujeto moral, presentándonoslo como el mero recipiente mecánico de una volición arbitraria que le viene impuesta de afuera. Pero esta esencial oposición al pensamiento de Kant no es óbice

para que la doctrina de Kirchmann sea, desde otros puntos de vista, la derivación lógica del modo en que concibe Kant las relaciones entre la experiencia y el mundo nouménico. Funda Kirchmann la eficacia operadora positiva del precepto en el respeto á la fuerza del legislador y no en la intuición del valor ideal de la ley, porque se inspira en un sobreentendido transmitido por la filosofía Kantiana: que la eficacía operadora empírica de la norma no puede tener por motor una máxima racional y supraempírica, sino que debe ser producto de un motivo también empírico, por efecto de la radical separación qne se establece entre la experiencia y la razón, entre el motivo y la forma de la voluntad, entre la racionalidad de la máxima y su eficacia operadora sobre el sujeto, no existiendo contacto entre ambos términos por no estar enlazados por el *hábito*. El materialismo de Kirchmann es la última consecuencia de un sistema purista, que pronto ó tarde tenía, bajo la presión de la lógica, que legitimar en el dominio de la eficacia operadora práctica de la ley, ó sea de la moral en acción, ese empirismo que había ya excluído del dominio de la voluntad pura, de la moral en potencia; consecuencia de haber olvidado que ni la intuición del deber es mera categoría de razón, ni la eficiencia práctica de la ley es mero motivo empírico; y que la virtualidad ética, la fuerza moral del precepto (esa fuerza moral que la teoría de la coacción no comprende ni comprenderá nunca) representa precisamente la unidad dialéctica de los

dos momentos que el purismo y el materialismo representan por dos caminos opuestos: el momento racional y el empírico, la especulación y la historia.

§ II. El principio de la volición subjetiva originaria de la norma.—(*Anerkennung*). E. N. Bierling.

Esta fuerza moral objetiva del precepto jurídico se sale con mucho del círculo de la simple fenomenología, la cual, no pudiendo traspasar, por la lógica de las cosas, los confines de la experiencia inmediata, sólo puede, en la hipótesis más favorable, derivar la eficacia activa empírica del precepto, de un motivo psicológico, que por lo menos la ponga en condiciones de salirse de las estrecheces del naturalismo. Tal ha sido precisamente el propósito de Bierling, cuyas doctrinas representan, pues, el esfuerzo supremo del realismo jurídico, y hasta diré que casi el anillo de enlace de ese realismo con la filosofía. Bierling no niega ni la legitimidad ni la misión de la filosofía, profesando claramente que el asunto que se propone no es «*was soll das Recht*», sino *was is das Recht*», lo cual, por otra parte, no quita que pueda proponerse á su vez esa otra cuestión, ni es, tampoco, recusar la antítesis del deber y del sér, y, por lo tanto, de la filosofía y de la fenomenología. Sigue la orientación realista, más por el argumento que trata y por el problema que debate, que por adhesión esplícita al sistema. En el fondo su vocación es más filosófica que empírica.

Para Bierling el derecho (se entiende el derecho fenoménico) es inconcebible independientemente de la cooperación espiritual y de la adhesión volitiva de los sujetos, en cuyo espíritu debe haber .estado actuando antes de irse objetivanvando en las normas jurídicas. Así como el color y el sonido no pueden concebirse sin un sujeto que vea y que oiga, y así como no cabe que haya verdad que no sea reconocida como tal por un sér que piense, así tampoco hay derecho que no haya sido reconocido como derecho por un número determinado de sujetos asociados. *Das* «Wirken» *einer Wahrheit viel mehr zu denken ist als ein* «Gewirktwerden» *wozu die Geister, auf welche das Genannte zu wirken scheint, sehr wesentlich mitwirken.* La verdad no puede sustraerse ó diferenciarse de la posesión subjetiva de ella. Sea que resulte producida originariamente por virtud íntima del pensamiento, sea que nos llegue de afuera, la verdad es siempre una inherencia permanente de nuestro espíritu. Lo mismo sucede con la norma jurídica. Ciertamente la norma, haya sido ó no creada por nuestra voluntad, ó háyanos llegado por imposición exterior, es siempre una propiedad permanente de nuestro espíritu, y su existencia no es otra cosa que su propio sér operando dentro de él. Y decimos propiedad permanente, porque la norma permanece en nuestra conciencia con una fuerza superior á nuestra misma reflexión; está siempre en nosotros, y con ella están en asociación recóndita é indeleble nuestros poderes represenra-

tivos. Ahora bien: esa inherencia de la norma á nuestra conciencia, esa espontánea y perenne labor psicológica, por la que es la norma un motivo en acción y un motivo durable y tenaz de nuestra conducta, esa especie de solidaridad espiritual de la norma con nuestra conciencia, constituye, al parecer de Bierling, el momento constitutivo del Derecho y lo que diferencia á la norma jurídica de cualquiera otra clase de norma.

Formula él esa solidaridad en la palabra *Anerkennung*, que significa no solo el asentimiento con una norma ya dada, sino además, una especie de representación creadora de una norma aún no existente; noticias de una norma prexistente, y á un mismo tiempo vocación primitiva é interna por una norma todavía no objetivada.

Opone el autor este su principio á las escuelas filosóficas jurídicas más en boga, de cuyas lagunas y de cuyos errores, él, entretejiendo hábilmente la crítica de lo ajeno con la demostración de lo propio, y con razonamientos no exentos de peticiones de principio, deduce argumentos para legitimar su fórmula preferida. Combate la teoría materialista de la fuerza diciendo que la fuerza no es la única fuente histórica ni el solo fundamento del derecho práctico, ni basta en modo alguno para explicar su naturaleza.

Las mismas teorías naturalistas idealizan inconscientemente el principio de la fuerza, casi representándola como medio para llegar á un orden más elevado. Ya se legitime la fuerza, como lo hacen

Spinosa y Haller, suponiéndola instrumento de la voluntad divina, ya se la sostenga como otros, dándole como fin el bien individual ó colectivo, siempre será un principio superior á la mera y simple fuerza el que se ponga en acción; un principio que legitime la sujección del más débil como deber, y la superioridad del más fuerte como derecho; un principio mediante el cual se eleve una relación cuantitativa de fuerza á la categoría de relación moral, de pretensiones por la una parte y de obligaciones por la otra. Para levantar sobre bases indestructibles el materialismo de la fuerza, es preciso primero poder demostrar que por una parte que el sentimiento de la fuerza *(Machtgefühl)* coincide necesariamente en la conciencia del más fuerte con el sentimiento del derecho, y que por otra, el sentimiento de la debilidad *(Scwächebewusstsein)* coincide en la conciencia del más débil con el sentimiento del deber, coincidencias que la experiencia niega absolutamente. La misma fuerza no ejerce su acción físicamente por una suerte de transmisión inmediata, sino por medio de los sentimientos que despierta y suscita en el sujeto (miedo ó sujección); sentimientos que no se asocian necesariamente con la representación de la fuerza ajena. La más vulgar experiencia nos enseña que la representación de la fuerza ajena, puede excitar no el temor, sino la combatividad y la resistencia; y que aun promoviendo el temor, la percepción de la fuerza es en tal caso uno de tantos motivos que obran sobre el sujeto que teme.

Antes por las buenas, ó sea, por el consentimiento del paciente, que por las malas, ó sea, por la provocación y el reto, *(Entgegenkommen)* puede sufrirse la coerción extraña. Ese consentimiento no es una conformidad temporal y limitada á un caso particular, sino que ha tomado caracter de máxima de conducta, ó sea, de relación permanente y sistemática de sumisión de la voluntad á la fuerza.

El hegelianismo—añade Bierling—no es más apto que el naturalismo de la fuerza para explicar el momento constitutivo del Derecho. Incurre en el error de concebir el espíritu universal como obrando solo en la conciencia del legislador, cuando debiera ser concebido como ejerciendo su acción tan y señaladamente en el alma de cada uno de los sujetos asociados, y no ya al mismo tiempo sino antes que en el alma del legislador. Porque el *Anerkennung* debe existir ya en el momento en que aparece la ley, de modo que se subordine esta á un consentimiento posterior *(Hinzutreten)* de los interesados. Explícase así el derecho consuetudinario, el cual nace sin la cooperación ni la intervención del legislador, y vive con vida autónoma en el fondo del espíritu popular; vida autónoma que no puede explicarse de otra manera que admitiendo como prexistente en el ánimo de cada uno de los sujetos el *Anerkennung* de la norma.

El *Anernennung*, el consentimiento previo, es, pues, el momento constitutivo del Derecho y de su fuerza imperativa. Es, sin embargo, nos dice el autor, rigurosamente distinto del contrato, que á pri-

mera vista pudiera asimilársele. El contrato es siempre libre, y sus cláusulas son conocidas por ambas partes, mientras que el *Anerkennung* puede ser inconsciente y necesario, siendo objeto del uno el derecho subjetivo, y del otro el derecho objetivo, ó sea, el fundamento de las normas universales. El uno expresa una volición pasajera y temporal; el otro un proceso habitual y duradero; de modo que la misma obligación contratual no se deriva del contrato en sí mismo, sino del reconocimiento tácito y sobreentendido, del *Anernennung*, de una norma que impone la observancia del mismo contrato. El contrato es bilateral por naturaleza y tiene valor por lo que expresa, mientras que el *Anerkennung* puede ser unilateral, y se traduce en una vocación tácita de la conciencia interna.

El *Anernennung* es un respeto perenne, habitual á los principios. Es una máxima más que una volición, ó si se quiere, es la máxima que está en el fondo de todas las voliciones, y en ello se funda su fuerza imperativa. La teoría del *Anernennung* pretende ser muy otra cosa que un recurso de la teoría contratual. Bierling profesa explícitamente reconocer en el contrato «*eine wichtige Form der Rechtsbildung*» pero niega que sea el contrato la sola forma y el solo fundamento del Derecho. El contrato es forma de derecho solo porque y en cuanto lo proclama como tal el derecho positivo, ó sea, el conjunto de las normas reconocidas por los individuos de un determinado

grupo social; es la creación del *Anernennung*. El contrato que en la teoría del *Naturrecht* es forma primaria, incondicional, absoluta, del nacimiento del Derecho, se presenta en la teoría del *Anernennung* como forma secundaria y derivada. El contrato es, repite, forma autorizada de derecho solo porque al contrato *inest* ó *subest* el *Anernennung* de una norma que hace que se le observe y se le respete El. *Anernennung* es el verdadero y único principio de la fenomenología jurídica. Prexiste ó precede á todos los principios, á todas las formas derivadas, sean producto del mandamiento del legislador ó de la volición de los sujetos. Se dice comunmente que el Derecho es un término derivado de la sociedad, cuando lo cierto es precisamente lo contrario, siendo la sociedad un término derivado del Derecho. La convivencia social es inconcebible sin un previo reconocimiento de las normas de convivencia, del *Anernennung*. Yerra completamente la escuela histórica al ver en el pueblo la fuente del Derecho, cuando más bien es el pueblo producto del Derecho. Antes que una sociedad ordenada tiene que existir la norma que mantega el orden en ella. Las reglas de la convivencia preceden á ésta y la hacen posible.

Esta es en sus líneas fundamentales, la doctrina de Bierling. Debe ella la vida menos á una especulación deliberada de su pensamiento, que á un interés práctico: el de demostrar, contra la teoría dominante sostenida de propósito por Meier, él, cultivador por vocación del Derecho canónico, que las

normas reconocidas en la jurisdicción eclesiástica son tan rigurosamente jurídicas como las leyes del Estado, demostración que le obliga á él, que no reconocía el derecho de la Iglesia como magisterio y ordenamiento divino, á apelar á un criterio subjetivo lo bastante elástico para poder acomodarlo á un tiempo á las normas del Estado y á las de la Iglesia sin agravio de la lógica. Pudo hallar bien pronto un antecedente á su doctrina en la de Bethmann-Hollweg, el cual había forzado los datos psicológicos contenidos en el viejo historicismo hasta presentarlos como presupuestos de la evolución jurídica. *Kein Verhältniss von Mensch zu Mensch denkbar ist, das nicht von Beiden zunächst als ein rechtliches gedacht würde*, había dicho ese autor, agregando: *ein solches Verhältnis niemals eine blosse äusserliche Thatsache, die ihr rechtliches Gepräge erst von anders-woher zu erwarten hätte sondern vielmehr das Recht dem Verhältniss, als einer Beziehung vernünftiger Willen auf einander, immanent ist.* No tenía más Bierling, por lo tanto, que desarrollar esta inmanencia del Derecho en las relaciones sociales en la forma del *Anerkennung.*

El significado realista de esta inmanencia del Derecho en las relaciones sociales (que en la doctrina de Bierling parece aun más claro y manifiesto por su deliberado propósito de desterrar el equívoco racionalista que se oculta en la palabra «*vernünftiger Willen*» de Bethmann-Hollweg) diferencia más al *Anerkennung* de la teoría contratual

que los caracteres distintivos escogidos por nuestro autor. La teoría contratual enseña que para que sea legítima una relación social dada, es indispensable que haya convenio, ó sea, que intervenga la libre voluntad de los sujetos. Bierling en cambio enseña que para que la relación jurídica exista de hecho, es indispensable la intervención del *Anerkennung*, ó sea, el previo reconocimiento de una norma fundamental que la gobierne. El primer problema es filosófico y normativo, el segundo simplemente fenomenológico, genésico y positivo. Todavía (y yerra Bierling en no querer reconocerlo ó en no haberlo reconocido lo bastante), la teoría del *Anerkennung* se relaciona con el sistema contratual latamente entendido, por la parte que da ella al momento volitivo, espontáneo, individual, en la formación y en la institución del derecho. El *Anerkennung* que difiere del contrato en la nota de inconsciencia y de sobreentendimiento que Bierling le atribuye, tiene todavía con él un punto común de contacto.

Ambos son estados de conciencia del sujeto, el cual no es, pues, la materia servil de las órdenes del Estado ó de la fuerza del superior, ni la hoja en blanco en que las contingencias posteriores imprimen su propio carácter á su talante. Quizás, y aún ciertamente, y dando cierta latitud á la significación de las palabras, la teoria del *Anerkennung* es una teoría *neo-contratual* que asume los mismos motivos y principios del viejo contratualismo, estando solo separada de él por lo que se diferencian

entre sí los significados de dos distintos órdenes de problemas: los del deber de los del ser. Esta inversión de problemas no la inicia Bierling por otra parte. Quien quiera analizar la íntima sutileza del pensamiento germánico en este siglo y señalar los puntos intermedios ó la serie de *momentos dialécticos*, como diría la escuela hegeliana, por vía de los cuales el problema del idealismo se va desnaturalizando hasta venir á dar en la tesis realista, podrá quizás entrever en la tradición de la filosofía contratual una especie de evolución secreta que corrompiéndola de grado en grado convierte el significado metafísico y el criterio normativo, contenido originario de aquella filosofía, en un significado fenomenológico y en un criterio psicológico y genésico. La escuela histórica es, en el fondo, un momento de esa evolución; su fórmula de la *Vollksbewusstsein* una conversión de la razón normativa del derecho natural racionalista en un sentimiento demo-psicológico, en un fenómeno de la conciencia colectiva. Este remodelamiento radical de la teoría contratual, debía parecer tanto más seductor cuando mayores seguridades da, en apariencia, de llenar las lagunas y de resolver los problemas planteados y no resueltos por aquella teoría. El contratualismo que, como teoría normativa, parecía en pugna con los principios fundamentales de la ética, por el subjetivismo que ensalza á sistema, prometía ó promete en cambio, como teoría genésico-positiva, proporcionar una indagación penetrante y sagaz de los pre-

supuestos psicológicos y de las condiciones subjetivas del Derecho. Así y por virtud de estos motivos ideales, ha nacido y se ha desarrollado el neo-contratualismo contemporáneo, el cual, más que formular un principio de obligación de deber, se propone el estudio de la sociogénesis, ó sea, la investigación de los presupuestos de la sociedad y del Derecho. Se basa sobre el siguiente criterio: la existencia de la asociación humana no es posible sin la cooperación espiritual de los sujetos al vínculo asociativo. Es en el fondo la aplicación al Derecho de ese *psiquismo* (si se me consiente la palabra) que domina hoy en otros ramos del saber y que hace que en las explicaciones y en las interpretaciones de los fenómenos se dé capital importancia á los motivos de orden espiritual. Y es, quizás, una aplicación no inoportuna, (como se verá mejor por lo que sigue), si se reflexiona en que el orden jurídico es orden moral, cuadrando en él, por lo tanto, los motivos espirituales mejor que en otros asuntos; y reflexionando también en que esta investigación de los presupuestos psicológicos es la única que promete desautorizar la irrazonable reevocadora de la *tabula rasa* que se llama sociogénesis de la evolución.

Solo que ese *neo contratualismo psicológico* es en Bierling una mera exigencia que él mismo es el primero en no advertir; no una proposición proseguida con pleno y meditado conocimiento, ni una prueba. Difícil es hallar doctrina en que sea más manifiesto ni más acerbo el antagonismo

entre la exigencia y el contenido real; entre la plenitud, la novedad, la vitalidad de la una y la deficiencia y la esterilidad del otro. Hay señaladamente mucha incertidumbre y muchos equívocos que quitan todo rigor y exactitud científica al *Anerkennung*. Preséntase de cuando en cuando esa cooperaración espiritual, no como un hecho, como un estado real de la conciencia ó de las conciencias individuales, sino como una hipótesis intelectiva, como una condición necesaria de nuestra concepción de la asociación, perdiendo entonces el *Anerkennung* su carácter psicológico para revestir otro puramente lógico completamente kantiano. Otras veces pierde el carácter de hipótesis intelectiva ó de postulado racional, viniendo á convertirse en mero sinónimo de legalidad constitucional de las leyes de la asociación. El *Anerkennung* no disimula en tales casos su afinidad substancial con la *soberanía del pueblo* y recuerda involuntariamente el viejo contenido normativo del contratualismo.

No solo tiene el *Anerkennung* variedad de sentidos sino que es defectuoso en cualquiera de los que asume. Es un juicio, no un motivo eficaz de la conciencia; la adhesión intelectiva á una norma no basta para explicar la virtud que tiene de obligar á los sujetos. La psicología nos enseña que el asentimiento intelectual y la deliberación volitiva son dos estados de conciencia bien distintos entre sí, no pasándose del uno al otro ni siempre ni sin motivos eficaces, ó sea, sin la acción del sentimien-

to que ponga en actividad á ese asentimiento intelectivo. La inmanencia de la norma en la conciencia no resuelve el problema; porque puede muy bien la norma actuar sobre la facultad representativa é intelectiva sin que por eso actue necesariamente sobre las facultades emocionales y volitivas. A más de que sentirse atraído hacia una norma es querer la posesión efectiva de ella, posesión que falta y que, precisamente por que falta, aguza la necesidad y el deseo. Ahora bien, las conciencias de los asociados están ya previamente en la teoría y en la hipótesis de Bierling en posesión espiritual de la norma, la cual, si existe antes que la asociación, tiene necesariamente que subsistir en la unidad originaria de la asociación misma, siguiéndose de ahí que esas conciencias no experimentan la necesidad y el deseo que sería preciso para que *tendiesen* de hecho hacia la norma y anhelasen hacerla efectiva. Su *deseo queda satisfecho* con la misma posesión racional que disfru tan y que encuentran en sí mismas. El *Anerkennung* precisamente, como la razón del *Naturrecht*, es, por necesidad de las cosas, quiescente é inerte.

Declárase la deficiencia del *Anerkennung* por los expedientes á que el autor apela para integrarlo. Así, por ejemplo, le atribuye la cualidad de inconsciente y de unilateral para hacer que entren también en el ámbito de su fórmula predilecta aquellos casos casi jurídicos que por su naturaleza intrínseca excluyen la posibilidad de un reconocimiento y de una volición de la norma; por ejem-

plo, las relaciones con niños, locos, etc. Y de un *Anerkennung* en parte inconsciente y unilateral se esfuerza en derivar poco oportunamente los deberes de la familia, olvidando así, por otra parte, que lo inconsciente puede ser recurso hábil en un problema psicológico, pero no en un problema ético. Condición indeclinable de la moralidad es el pleno conocimiento del agente, no pudiendo contarse para nada, por lo tanto, con un *Anerkennung* inconsciente. Y sin entrar en discusión sobre si el *Anerkennung* inconsciente es también una paradoja bajo el aspecto fenomenológico, conviene notar que el *Anerkennung*, por inconsciente que sea, es un fenómeno intelectivo. Ahora, en los niños, en los locos, en los ignorantes de la norma, la actividad intelectiva ó está dormida, ó extraviada, ó privada de objeto. No es por faltar el conocimiento, ó sea el predicado, sino por faltar en esos el *Anerkennung*, ó sea, el sujeto, no puede éste ser fórmula universal de la fenomenología del derecho cuando es probado que falta en tales relaciones jurídicas.

No acaban aquí las lagunas y errores del *Anerkennung*; hay todavía un defecto más grave: el formalismo puro que aproxima su noción á las viejas máximas del contratualismo, y el extremado subjetivismo á que conduce, y que le impide explicar sea como quiera el fenómeno social y jurídico.

Porque, evidentemente, el *Anerkennung* es pura fórmula subjetiva del acto asociativo vacía de contenido determinado, y no hay razón alguna de nor-

ma objetiva que lo guíe y lo alumbre. Toda suerte de norma de cualquiera clase de convivencia podrá ser objeto del *Anerkennung*, el cual siendo el momento formal común á todas las asociaciones, hasta á las extrajurídicas ó antijurídicas, no será ya el momento constitutivo diferencial del Derecho. Porque si por *Anerkennung* quiere significarse la la adhesión viva, espontánea, inconsciente de los sujetos á *algunos* principios fundamentales por que se rige la asociación, parece que en tal caso deba ser considerado con más razón como fórmula de la *Costumbre (sitte)* que del Derecho. Hay en la costumbre ese sentimiento vivo y espontáneo de una norma común fundamental, y hay ese asentimiento irreflexivo de las conciencias ó ese hábito de asentir que caracterizan á los periodos primitivos de la evolución normal, en los cuales aún no están diferenciados los oficios ni las clases sociales, ni está perturbada ni quebrantada por los escepticismos de la reflexión individual la compenetración espiritual de las conciencias individuales en una especie de *sensorium* común. El Derecho es ya dondequiera (la escuela histórica que no supo diferenciarlo de la costumbre no llegó á comprenderlo) en cierto grado, producto de cierta división de la labor social, de una madurez más ó menos incipiente de los sujetos, de un acto de la reflexión consciente. La pretendida espontaneidad del *Anerkennung* en el dominio del Derecho es una repetición asaz inoportuna del misticismo pietista en que la escuela histó-

rica ha concebido el nacimiento del Derecho del fondo de la conciencia popular. La concurrencia de las voliciones de los muchos sujetos de un grupo social en una serie de principios fundamentales comunes (sin lo que no habría habido vínculo asociativo, y el *Anerkennung* no se habría formado) es, en la obra de Bierling, un sobreentendido tácito, no una demostración. Quizás ha querido evitar un problema que no podía resolver; porque verdaderamente la movilidad subjetiva del contenido del *Anerkennung* es opuesia no ya solo á la existencia sino á la posibilidad de ese cierto *consensus* de los sujetos sin el cual es inconcebible tal fenómeno social como el Derecho.

El subjetivismo de su fórmula, que como ha podido verse, trae por resultado la confusión que hace Bierling de la existencia objetiva con la subjetiva de la verdad, del *esse* con el *percipi* (recurso de la doctrina de Berkeley), cree remediarlo el autor deduciendo la continuidad, la inmanencia y la irrevocabilidad del *Anerkennung;* pero ante todo esa irrevocabilidad es arbitraria, porque no nos da ninguna máxima imperativa en que fundarla, y esa continuidad é inmanencia son un vano expediente. Verdaderamente la tenacidad con que en el sujeto perdura el *Anerkennung*, ó es por virtud de un propósito deliberado de su conciencia ó de un procedimiento inconsciente. En el primer caso debiera el autor decirnos el criterio que dirige y determina ese propósito y en consecuencia conferir al *Anerkennung* un contenido, lo cual no ha hecho;

en el segundo caso incurre en el Πρῶτον Ψεῦδος de la psicología moral y jurídica, que funda en la inconsciencia del sujeto la tenacidad en la observancia de un precepto dado. La madurez del pensamiento reflexivo y la crisis de la conciencia sacuden pronto ó tarde ese consentimiento del espíritu que no tiene otro fundamento que la ilusión y la ignorancia; prescindiendo de que el subjetivismo sería siempre irremediable en la hipótesis de la inconsciencia; porque en todos los casos podrá demostrar Bierling la permanencia del *Anerkennung* como forma, pero no la permanencia de su objeto.

De la doctrina de Bierling, en suma, solo subsiste de nuevo, de profundo, de luminoso, un prin cipio, ó, mejor dicho, un sobreentendido de alto valor ideal: la preexistencia del Derecho á la sociedad, de la norma á la convivencia, Es un principio soberano de la vieja filosofía, del que el positivismo y el historicismo se han burlado y que hoy vuelve entre nosotros sufragado por la fenomeno logía y por la crítica de la sociogénesis.

Culpa de Bierling es no haberle dado todo el valor que tiene; mérito altísimo haberlo contrapuesto al empirismo naturalista. El Derecho precede al Estado y lo hace posible. El naturalista que concibe el Derecho como producto de la voluntad del Estado, olvida que el Estado sin el Derecho no es ya tal Estado, sino una multitud amorfa, y olvida también que deriva él al Derecho del Estado después de haber *anticipatione mentis* derivado

al Estado del Derecho. Fáltale el discernimiento crítico necesario para comprender que el término de donde parte no es el *prius* de la investigación sino el *posterius*. Si, según el luminoso intelecto de Vico, es naturaleza de los principios que *de los primeros de ellos salgan las cosas y que vayan á acabar en los últimos*, el Derecho es aquel principio que no solo expresa el término final de la fenomenología, sino que expresa otrosí el término inicial de ella. Entre estos dos extremos argumentados por la síntesis filosófica, procede la serie de los términos medios diferenciados y analizados por el empirismo.



CAPITULO III

La degradación de la fenomenología en la dogmática y en la lógica jurídica.

Se ha visto ya (Introduc. y Cap I) que el fin de la nueva filosofía del Derecho consiste en sustituir á la antigua especulación la ciencia sintética del derecho positivo. Aunque no renuncia por ello á la pretensión de ser una filosofía como la otra y hasta mejor que la otra, pretende llegar á la meta por un procedimiento distinto que ella. La filosofía especulativa del Derecho se regía por principios sencillos, y esta sencillez no era el producto de un laborioso proceso de abstracción de los fenómenos particulares, sino una premisa del mismo procedimiento inductivo, un término de dedución original y espontánea. Era, pues, verdadera unidad y sencillez filosófica; que es tanto como decir que aquellos principios fundamentales contenían la verdadera razón de ser de las proposiciones subordinadas y de los fenómenos particulares. No eran un universal lógico, es decir, una forma ó un signo común, sino un universal real abundante en contenido y en vida. Los principios *unitarios* de

la moderna síntesis positiva son, en cambio, de muy otra naturaleza. Obtenidos no por una intuición directa sino por una inducción y un resumen analítico, representan la unidad, ó mejor dicho, la *indiferencia* que resulta de la exclusión ficticia de lo múltiple observado, y no ya la verdadera unidad que incluye y precontiene á lo múltiple accesible á la observación.

No es ello óbice, por otra parte, para que nuestros filósofos juristas, obcecados por esos principios unitarios y fundamentales del Derecho, se propongan establecerlos como piedra fundamental, por una *instauratio ab imis* de la vieja jurisprudencia dognática, y resuman en esa *instauratio* la función de la filosofía del Derecho. Después de haber establecido el principio, tratan de reconstruir geométricamente sobre él el conjunto de las disciplinas jurídicas. Los cultivadores del *Naturrecht* se proponían reconstruir el universo moral según su *dictamina rationis*. Los juristas-filósofos, de la Alemania moderna, que son realistas, y para quienes es el mundo exterior objeto de percepción y no de veleidad reformadora, se limitan á reconstruir la ciencia jurídica. En esa reconstrucción, que se traduce en conferir á la jurisprudencia dogmática un pretendido contenido filosófico, debe de haber cosas muy extrañas, y desde el principio puede asegurarse que las hay. Ya hemos visto á Merkel declarar abiertamente que la nueva filosofía jurídica es resultado de un doble impulso: uno de regresión de la filosofía á ciencia sintética,

otro de progresión de la técnica ó dogmática jurídica á doctrina filosófica (Sec. 1.ª cap. I). Figura pues en el programa de nuestros juristas filósofos el volver á elevar los destinos doctrinales de la jurisprudencia tradicicional mediante una *Selbstbefruchtung* de sus principios.

Disputan los nuevos reformistas á esa jurisprudencia el carácter de ciencia. Ella á su parecer no entiende como debiera en el estudio sintético de la génesis y del enlace causal de los fenómenos jurídicos (que entonces sería ciencia), sino que se limita, ó mejor dicho, se limitaba á una exposición técnica de la estructura formal de las relaciones típicas del Derecho. Ya en 1848 Kirchmann en su opúsculo «*Ueber die Werthlosigkeit der Jurisprudenze als Wissenschaft*, inició este nuevo rumbo en el cual muchos le han seguido, bastando recordar entre ellos al más ilustre, Stein. La jurisprudencia en esta nueva orientación no tendría ya por mira únicamente el momento jurídico de las relaciones sociales, sino también el momento sociológico de las relaciones mismas. De ciencia formal del Derecho se transformaría así en una ciencia de las causas eficientes, y del subestrato material del Derecho. Su término y objeto se transferiría de la estructura superficial al subsuelo, de la forma á la materia, de la técnica á la vida, del *vínculum juris* á la relación, ó todavía mejor, de la especie universal y típica de la relación, á esa dada y particular relación de hechos. Cae de su peso que el contenido de esa pretendida jurisprudencia cien-

tífica es distinto en cada autor según el concepto que se forme del momento sociológico de las relaciones jurídicas. Cada filósofo jurista reconstruye la jurisprudencia sobre la base de su fórmula predilecta. Así Stein comprende en la jurisprudencia el examen analítico del factor económico y del factor político, circunscribiéndola en los límites de una ciencia económica y estadística concebida con cier ta latitud. Jhering rehace y refunde la dogmática jurídica posponiendo el exámen de la forma del Derecho á la utilidad que él garantiza, y sustituyendo el momento pragmático y eudemonológico del *interés* al antiguo momento de la *voluntad*. Thon que toma en serio aquella doctrina de Jhering según la cual los imperativos del Estado se consuman en el círculo del Estado mismo, rehace tambien por completo la jurisprudencia dogmática sobre el fundamento de esa especie de dialéclica *ab intus* del naturalismo coactivo. Bierling reconstruye á su vez la ciencia jurídica conforme á su fórmula del *Anerkernnung*, de la cual deriva nociones á su parecer nuevas sobre la norma, sobre los derechos subjetivos y sobre otras categorías semejantes.

No me detendré en impugnar esta nueva orientación de las cosas que ha sido ya objeto de la crítica concluyente del ilustre escritor ruso Pachmann. Pero no puedo abstenerme de advertir que esta tendencia á transferir el oficio de la jurisprudencia del aspecto ideal al aspecto material del Derecho, representa una verdadera regresión científica. Estos innovadores nos reconducen sin pen-

sarlo al empirismo característico de los pueblos primitivos, en cuya mente embargada por los casos particulares, no caben nociones de las normas típicas, medias, universales, de las formas puras del Derecho en suma. Todos sus razonamientos sobre la materia del Derecho se dirigen á desterrar de nuestra mente toda aquella serie de universales jurídicos y de relaciones ideales depositados en ella por la sabiduría tradicional, y á llevarnos por entero á las representaciones empíricas de los fenómenos particulares y de las relaciones aisladas de los hechos. Lo que se pretende es andar hacia atrás el camino de la evolución jurídica. La poderosa labor analítica por la que la humanidad ha ido separando el momento jurídico del momento económico, ó filosófico, ó psicológico de las relaciones sociales; el ímprobo procedimiento de abstracción por el que, á fuerza de siglos, se ha llegado á coordinar los casos singulares de la vida en una relación normativa comün, y á formular la ley típica de esa relación, la evolución de las cosas, en suma, mediante la cual las relaciones de hecho se han venido espiritualizando hasta convertirse en relaciones de derecho *sub specie juris*, habría sido inútil, anticientífica, antipositiva. Porque á eso lleva lógicamente esa *instauratio ab imis* de la jurisprudencia. La forma ideal, la *species æternitatis* de la relación jurídica, se aleja, por la fuerza de las cosas, de una ciencia jurídica cuyo objeto es la materia de hecho, el contenido empírico de la relación.

Si dejando á un lado el asunto, se quiere examinar la manera en que se cumple y que no traspasa los límites de una reconstrucción conceptual de la jurisprudencia, entonces el juicio que recaiga sobre una escuela que preciandose de filosófica, después de tildar de *Begriffspielerei* al derecho natural, nada encuentra mejor que operar con conceptos abstractos como si fueran símbolos algebraicos, tendrá que ser severo. Porque es indudable que una reelaboración de conceptos, aunque se haga con el mayor cuidado posible, no es es inventar verdades nuevas sino solo presentar bajo nuevas formas verdades antiguas haciéndolas más oscuras é inciertas. Fuente y raiz del procedimiento inventivo es la intuición de las relaciones ideales y la percepción de los hechos experimentales. El hueco y desnudo concepto abstracto en que el procedimiento inventivo se esfuerza y podría decir que se esteriliza, es más adecuado para reseñar y simplificar los conocimientos que de otra parte se adquieran, que para proporcionar otros nuevos. Una dialéctica de solo conceptos y que solo de conceptos se alimenta, será un procedimiento meramente analítico y no hará adelantar un paso en el camino de la invención.

Huelgan las consideraciones sobre el valor respectivo de la intuición inventiva y de los conceptos, del *Anschauung* y del *Begriffe*, después de la admirable crítica de Schopenhaner.

Puede haberse equivocado la filosofía del Derecho en la aplicación; pero no ciertamente en el cri-

terio metódico. Su interés era material y no formal; su objeto las cosas y no los conceptos; su principio la intuición del derecho ideal ó la voz de la conciencia, ó sea de la experiencia interna. No á las cosas sino á los conceptos de las cosas se refieren las reconstrucciones dogmáticas de la nueva jurisprudencia filosófica; no es el Derecho su objeto, sino el concepto del Derecho; no trata de reformar la vida jurídica y social alegando su pretendido pretendido momento sociológico, sino la ciencia; luego su interés es meramente formal y dialéctico. Toda ciencia aspira á conocer el mundo real; el *allegemeine-Rechts-Lehrer* después de tildar de formalismo á la jurisprudencia tradicional, anhela en cambio, reconocer, rehacer completamente un mundo conceptual. Sin embargo, esta translación de la indagación de la vida á la ciencia, de las cosas á los conceptos, es precisamente el carácter diferencial de la actual filosofía positiva del Derecho, que habiendo suprimido la visión luminosa de las *ideas,* que son una anticipación de la vida real, no tiene ya otro apoyo que los conceptos, en los cuales esa vida está ya extinguida. No son sólo los juristas filósofos, que han descubierto una nueva fórmula del Derecho ó de su momento sociológico los que incurren en esta huera dialéctica de conceptos, sino con ellos, todos esos analizadores y dogmáticos que no sabiendo integrar los conocimienios jurídicos á la luz de una intuición filosófica, creen llegar á la meta por medio de una resunción ó una filiación y gradación jerárquica de conceptos.

El *allgemeine Rechtslehre*, y especialmente aquella parte de él que entiende en la investigación del llamado *Grundrechtsbegriffe*, (por ejemplo: *Norm subjectives Recht, objectives Recht, Gesetz, Veordnung, Anspruch, Rechtsquelle, Rechtsgeschäft, Schudl, Verbrechen, Vertrag*), se traduce precisamente en una reintegración conceptual de la jurisprudencia dogmática, en la que es de alabar cierto sentido crítico y analítico en la revisión de los conceptos jurídicos fundamentales, (mérito de que participa la *Analytical School of Jurisprudence)*; pero que, como los demás que tenga, queda oscurecido por la ociosidad de ciertas disquisiciones escolásticas, por la sutileza ingeniosa é hipócrita de las distinciones, por el abuso de la dialéctica y de las antítesis conceptuales. De tales máculas no están exentos los más ilustres de esos *allgemeine-Rechtslehrer*, entre ellos, á más de los mencionados, Binding, Jellinek y por alguna de sus obras Schuppe. No hay, por otra parte, motivo para sorprenderse de ello, porque la abstracción conceptual, el interés lógico y formal, tenía que ser el término final de una orientación doctrinal en que no se asociaba á la tenaz necesidad de elevar la jurisprudencia á filosofía, una percepción neta y clara del verdadero asunto de la filosofía del Derecho; filosofía á la cual, faltando el sólido fundamento de la intuición ideal y de la revelación de nuestra conciencia normal, sólo le quedaba la simple y escueta función de la integración lógica y formal de los conocimientos.

Nada mejor que esa integración lógica ha podido proporcionar esa filosofía, después de tantas promesas, á la jurisprudencia. Wallaschek, como para dulcificar á los *allgemeine Rechts Lehrer* la acritud de tal resultado, asigna de propósito á la filosofía del Derecho, como función única, la de ser una lógica de la jurisprudencia. La filosofía del derecho tendría para él por oficio el trasladar el contenido de la ley positiva formulada por el jurista á las formas universales del pensamiento; sería una ciencia del pensamiento jurídico. Y he aquí á la filosofía, es decir, al todo, rebajada al nivel de una de sus partes y reducida á una lógica del Derecho, ó, menos aún, á una fenomenología del pensamiento jurídico. No se crea que esa forma de pensamiento de que habla Wallaschek sea una reminiscencia de las formas Kantianas, ó sea de los requisitos *a priori* de la experiencia. No: estas *formas del pensamiento* son *a posteriori*, y se presentan como el término final de un proceso reversivo y abstractivo. No es su lógica la *lógica maior*, sino la *lógica minor*, ó sea la simple notomía técnica del raciocinio. Por lo demás, esta degradación de la síntesis del Derecho en la lógica del Derecho, es la consecuencia final del realismo, que, no teniendo ó no pudiendo tener otro indumento filosófico que el que le presta la abstracción de de los conceptos, porque le falta la intuición del *essere*, procede siempre entre los dos polos extremos de la lógica formal y del empirismo material. Una lógica, que sea al mismo tiempo

material, se aleja de una ciencia que entre el pensamiento huero y el hecho brutal sólo ve como intermedio el concepto.



CAPÍTULO IV

La jurisprudencia comparativa A. H. Post.

La investigación comparativa de todas las instituciones jurídicas de la historia humana, es la exigencia suprema del realismo. La experiencia empleada como único criterio cognoscitivo de las cosas, no puede lograr su objeto si no se extiende á toda la serie de los hechos, á todo lo que ha sido y á todo lo que es. Si se limita á un hecho determinado ó á un orden determinado de hechos, desobedece al programa realista. Ese hecho ó ese orden de hechos se toma en tal caso como una representación típica, como un equivalente psicológico de los otros hechos ú órdenes de hechos no tenidos en cuenta; lo que significa que la investigación experimental procede bajo el influjo de una intuición subjetiva que se extralimita de la experiencia.

Tampoco semejante investigación satisface las exigencias realistas si no es francamente comparativa. La mera justaposición de los fenómenos coexistentes en el espacio y sucesivos en el tiempo

nada significa si los términos de la coexistencia y de la sucesión no son percibidos simultáneamente ni comprendidos é interpretados teniendo en cuenta el enlace y relación que entre sí tienen. Esta indagación de relaciones entre términos simultáneamente percibidos es comparación. De esta comparación espera grandes éxitos el realismo jurídico, prometiéndose con su ayuda destruir el viejo fundamento de la filosofía, ó sea la intuición de las relaciones ideales y el criterio de la conciencia interior, la pretendida tradición histórica de la experiencia social y la observación de las instituciones jurídicas en que se presume que la conciencia interior se ha objetivado.

El realismo que ha probado todos los medios para conferir á su contenido un valor filosófico, tenía que probar también éste. Desde 1878 trabaja en Alemania la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, bajo la dirección de Bernehòft, de Cohn y de Kohler, con la colaboración de eminentes arqueólogos é historiadores del Derecho, en levantar, sobre la base de largas, escrupulosas y pacientes investigaciones históricas y demopsicológicas, una jurisprudencia comparativa. Por la naturaleza de su asunto hace rudo contraste esta jurisprudencia comparativa con el limitado campo de los estudios de los maestros de la escuela histórica, que se reducía al Derecho Romano, por lo que los censura acremente Thibaut. Sin embargo. el interés realista que la impulsa y el criterio que la guía en sus investigaciones, claramente demues-

tran que entre esa escuela y la histórica hay una relación de filiación doctrinal.

Su criterio, en efecto, es siempre criterio histórico, y su investigación reconstructiva se circunscribe siempre en las divisiones ó en los períodos de tiempos ó de unidades históricas, procediendo siempre en razón de tiempo y teniendo por objeto las instituciones de los pueblos, considerados como unidades psicológicas y morales de la historia humana. Hay, en cambio, en Alemania un filósofo jurista que en el mismo orden de investigaciones históricas, cree que puede prescindirse del criterio histórico. En la serie de las instituciones jurídicas, busca, no ya una sucesión de períodos de tiempo, sino una coexistencia de estratos sobrepuestos; y en la evolución de la humanidad no ve intervenir pueblos, esto es, unidades históricas, sino razas y grupos étnicos, ó sea unidades biológicas; que sustituye en suma al criterio histórico el criterio que podemos llamar etnológico. Me refiero á A. H. Post, quien, además de cultivar un ramo particular de la jurisprudencia comparativa, goza justa reputación de ser el más poderoso expositor de las razones que militan en favor del método comparativo en la filosofía jurídica; tanta es, no la profundidad de su criterio, pero sí la tenacidad de su fe en la bondad de esta doctrina.

La jurisprudencia etnológica está en abierta oposición con toda clase de filosofía del Derecho que se apoye en la deducción y derive sus conocimientos del *criterio psicológico* (ó lo que es lo

mismo de la conciencia interior), y con toda clase de investigación ó de reconstrucción histórica que se funde exclusivamente en el principio de la conexión temporal de los fenómenos. El criterio psicológico ó sea la introspección de la conciencia individual, no se presta á franquearnos el proceso íntimo de la vida del Derecho, porque la cadena de las causas y de las mudanzas está truncada por su mitad, y sus últimos anillos se pierden en la región inaccesible de la individualidad, de la personalidad del sujeto. La experiencia psicológica puede percibir los productos ya dados, engendrados por nuestra conciencia jurídica, pero no puede descubrir el proceso evolutivo de la conciencia. Y ni que decir hay que la experiencia psicológica es inconcebible como experiencia rigurosamente científica, porque en ella el sujeto que observa y el sujeto observado son uno mismo, de modo que la observación está viciada y deformada por la sugestión indistinta del sujeto. Mejor resultado promete la observación de los productos sensibles y concretos en que se objetiva la conciencia jurídica individual; pero ni aun en esa puede confiarse, porque estas extrinsecaciones de la conciencia individual proceden en forma ocasional é instintiva, y no pueden nunca observarse con la extensión que se requiere para que puedan constituir un verdadero material científico, y para que pueda inducirse de ellas un análisis causal de la vida del Derecho. Además, es siempre de temer que el observador exteriorice las ideas jurídicas

emanadas de su propia conciencia pensando de buena fe haberlas observado en las ajenas. En todos los casos el criterio de la conciencia, aunque se le traslade de lo subjetivo á lo objetivo, es incapaz de abarcar toda la serie de los fenómenos del Derecho, los cuales no son una *función* simple de la conciencia individual, sino una *función* compleja de la conciencia social, del grupo y de la raza. El criterio psicológico tiene el grave defecto de presuponer una coincidencia, que de hecho no existe, entre el espíritu y la conciencia, de presuponer que tenemos pleno conocimiento de todos los fenómenos de nuestro espíritu individual. La mayor parte de nuestra vida interior es inconsciente y no puede someterse por lo tanto á la instropección. Son inconscientes, por ejemplo, los actos del espíritu que nos hacen oponer al yo, lo extraño al yo, á la conciencia, el mundo objetivo. Y de esas mismas operaciones del espíritu que entran en la esfera de la conciencia no somos conscientes sino á medias; conocemos sus efectos últimos, pero no su proceso causal y evolutivo. Es preciso abandonar, pues, el método de la observación psicológica, porque pudiendo sólo descubrir la parte más exigua y más superficial del espíritu humano, no es apto para, sobre la esperiencia del mundo sensible y caminando por vía retrospectiva, argumentar sobre la vida inconsciente, y, por consiguiente, no directamente observable de nuestro espíritu. Porque este mundo sensible no es el mundo en sí, sino el mundo que nos representamos,

esto es, una creación de nuestro espíritu inconsciente. Por el efecto se conoce la causa, por el mundo de los sentidos la actividad que lo engendra, ó sea el espíritu humano; la observación del mundo objetivo es un espejo en que nos miramos y reconocemos á nosotros mismos. De los fenómenos del mundo sensible los más fecundos en hilaciones *reversivas* sobre el contenido de la vida inconsciente del espíritu son, sin duda, los fenóme nos de la vida social y jurídica. El depósito tradicional ó, pudiéramos decir, el sedimento que el espíritu inconsciente del hombre ha dejado depositado en las costumbres y en las instituciones de los pueblos, es siempre la fuente más segura para conocer la conciencia humana. Tenemos que recurrir, pues, á la observación de las instituciones y de la idealidad jurídica de los diversos pueblos para conocer la conciencia jurídica; aparte de que la misma naturaleza eminentemente sociológica del Derecho y de las relaciones jurídicas, nos ordena posponer al criterio estéril de la psicología individual el de la psicología colectiva.

La observación de tales instituciones jurídicas no debe hacerse aisladamente para cada caso ni proceder por mera yuxtaposición de ellos. El método histórico que investiga los fenómenos de la vida jurídica considerándolos como formaciones autónomas y sin más relación extrínseca entre unos y otros que la del antes y el después, no nos enseña ni á ver el proceso similar de esos fenómenos ni á descubrir sus enlaces causales. El método

histórico tiene que ser sustituido por el comparativo etnológico, que es el único capaz de descubrir las relaciones de semejanza de los fenómenos. Porque hay una multitud de fenómenos que se reproducen periódicamente en la vida de los pueblos y que independientemente de cualquier ligazón histórica que los enlace. atestiguan la unidad fundamental de la naturaleza humana.

Este subestrato biológico fijo y permanente, es lo que legitima la comparación etnológica é indica la misión de ella. Y este subestrato es lo que nos demuestra que los fenómenos de la vida de los pueblos no pasan á la historia de esos pueblos, sino á algo que sostiene á la historia y á los pueblos, á un fenómeno de la naturaleza, á la raza. El método comparativo es, pues, necesariamente á un mismo tiempo método etnológico, y se acerca más á la bíología que á la historia. La unidad, la célula de la humanidad, son para una investigación histórica los pueblos y los grupos de pueblos, para una investigación etnológica las razas y los grupos étnicos. La historia nos habla de siglos, la etnología de estratos: es una geología humana. La historia estudia la sucesión de los diversos fenómenos de la vida de un pueblo ó de un grupo determinado de pueblos en diversos tiempos; la etnologia estudia en cambio la coexistencia de los diversos fenómenos de la vida social de todos los diversos pueblos en un momento dado del tiempo. Tiene por objeto la etnología los fenómenos uniformes de la vida social de los pueblos, registrándolos, sin que

le importe cuándo ni dónde han sucedido; en la semejanza de los efectos encuentra argumentos para inferir la semejanza de las causas. Pueblos y estirpes, por diversos que entre sí sean, se componen de individuos de la raza humana; unidad de raza de que se sigue ó debe seguirse que determinados fenómenos étnicos sean idénticos casi todos. Tales fenómenos son justamente los que estudia la jurisprudencia etnológica: *Fortpflanzung, Ernährung und Beziehungsverrichtungen sind allen Menschen als Exemplaren der menschlicheu Rasse eigen und diese tellurisch-organischen Functioneu bilden... die Basis des ganzen ethnischen Lebens.* El método comparativo, teniendo por contenido este subestrato biológico, debe rechazar los criterios históricos, y Post, consecuente consigo mismo, impugna el procedimiento seguido por Waitz y por Peschel, que no le parece que pone en relieve lo más importante, esto es, la *Gleichmässigkeit in der Entwickelung des Rechtslebens bei den verschiedeusteu Völkerschaften.*

Si se le arguye que la investigación comparativa de los fenómenos jurídicos de los diversos pueblos procede necesariamente estudiando las diferencias de los mismos fenómenos entre uno y otro pueblo, una y otra estirpe, uno y otro tiempo, uno y otro lugar, y que la noción de la semejanza de contenidos es el resultado definitivo de un análisis de esas diferencias, contestará que tal objeción no le atañe, porque su estudio no desciende á pormenores, sino que es una comproba-

ción del subestrato natural permanente de la vida de los pueblos *Hierfür*,—añade explícitamente,—*sind Rasse, Völkerzweig, Volk und Stamm vorläufig gauz gleichgültig. Ich beabsichtige nur das was im ganzen ethnischen Leben gleichmässig auftritt, in den Grundzügen festzustellen und durch einzelne Beispiele zu ilustriren, welche obgleich sämmllich nach Rasse, Volk und Stamm individuell, doch eine allgemeine Bedentung haben, indem sie in verschiedenen Färbungen stets das wesentlich gleiche Organisationsprincip zum Ausdruck bringen. Es ist auch volkommen gleichgültig für mich, in welches Jahrhundert oder in welches Jahrzehnt derartige Braüche fallen, da die Chronologie nur für die Entwikelung in einem einzelnen ethnischen Gebiete eine Bedeutung hat, nicht aber für das Gesammtgebiet des Völkerlebens, in welchen stest alle Entwickelungsstufen nebeu einander liegen, iu welchem man bei einer Völkerschaft, welche heuete leb, dieselbe Erscheinung wiederfindet, welche man bei einer andern ein paar tausend Jahre vor Christi Geburt wahrnimm.* No solamente el suceder la mismas instituciones jurídicas en tiempos diversos justifica el criterio etnológico de la jurisprudencia comparativa, sino que hay también otro motivo que aconseja prescindir de toda relación de tiempo: el de convivir y coexistir en cada pueblo y en cada tiempo, como si se hubieran desarrollado simultáneamente, las mismas instituciones jurídicas nacidas en tiempos diversos, y pertenecientes á fases del desarrollo

muy distintas entre sí. Cada uno de los pueblos que al presente viven, representa una estratificación (por decirlo así) de diversos tiempos y estados étnicos y de diversas fases de desarrollo. La vida actual de cada uno de esos pueblos es una imagen de su historia, como el organismo individual representa y sintetiza la historia de la raza.

Si dejando por un momento el problema del tiempo, se piden á Post aclaraciones sobre ese subestrato natural permanente de la vida de los pueblos que á primera vista pudiera creerse una lejana referencia al derecho natural bien entendido, contestará con razones inspiradas en el más puro materialismo. Sobre las necesidades de la vida vegetativa funda él el subestrato de la raza, hallándose á cada paso en su obra expresiones como estas: *tellurisch-organische Fortpflanzung*, *etnisch-physiologische Gebiete*, *etnisch*, *morphologische Bildung*, y otras por el estilo. Principio fundamental de su biogenia jurídica es el parentesco por la sangre que va á parar en la *tellurisch-organische Fortpfanzung*. Tampoco la unidad del subestrato biológico significa la del subestrato jurídico.

Toma Post del relativismo histórico la noción de una variabilidad continua, no ya del contenido, sino también de la idea del Derecho; lo que no le veda, por otra parte, insistir sobre la presunta uniformidad de las instituciones jurídicas en diversos tiempos y pueblos, debida, ya se entiende, á la

unidad de la *formación étnico-morfológica.* Empleando un lenguaje más vigoroso, aunque en verdad poco en consonancia con las incertidumbres y contradicciones del pensamiento de Post, se vería que el Derecho es para él una causa ocasional, y sólo la Naturaleza, en el sentido materialista de la palabra, la causa eficiente, atribuyéndose, á esta, por lo tanto, el ser substancial que no puede reconocerse al Derecho.

Esta es, pues, su doctrina fundamental sobre la jurisprudencia comparativa, á la cual busca él un apoyo más sólido en una *intuición del mundo,* que explica en breves términos en las primeras páginas de su *Bausteine* y que se traduce en una forma arbitraria y caprichosa del panteísmo mecánico. Pasando por alto este nuevo conato filosófico, que no atañe directamente al problema de la jurisprudencia comparativa, nos detendremos solamente en los dos razonamientos fundamentales con que demuestra el autor su asunto metódico: el primero, para impugnar la legitimidad del criterio de la conciencia y afirmar la necesidad de una observación comparativa de los productos objetivos de la conciencia social; el segundo, para conferir al mismo método comparativo un significado, un contenido y un carácter peculiar biológico y antihistórico.

La tesis de que tanto se abusa hoy de la ilegitimidad del criterio psicológico, es de Comte y se funda en un objetivismo anticrítico que está fuera de toda filosofía. El criterio de la conciencia es

condición necesaria del mismo proceso cognoscivo del mundo sensible; porque si el conocimiento tiene por término el objeto externo, como acto del espíritu se consuma siempre en el ámbito de la conciencia y es propiamente un estado de conciencia. Esa experiencia del mundo sensible á que recurre Post para sustraerse á los argumentos del criterio psicológico, está subordinada á ese mismo criterio y lo presupone. Hasta esa experiencia es un estado de conciencia. La observación y la experiencia de lo externo es siempre un acto inmanente de nuestro espíritu y no un acto transitorio. Negarlo es suponer que en el fenómeno del conocimiento ó se transfiere nuestra conciencia en forma mecánica al mundo extrasubjetivo, ó que el mundo extrasubjetivo se traslada *como tal* á nuestra conciencia; lo que equivale á proyectar en un orden espiritual de cosas representaciones bajamente materiales, no solo extrañas al saber filosófico, sino al vulgar. Pero ni siquiera en ninguno de ambos casos estarían en lo cierto los impugnadores de la conciencia, porque en el primero de ellos subsistiría como sujeto activo transitorio; en el segundo como recipiente pasivo de la acción mecánica del objeto. Conocemos el mundo objetivo sólo por la relación que tiene con nuestra conciencia. Decir conocimiento es tanto como decir represeutación; ahora bien, la representación expresa una relación de la conciencia con las cosas, del sujeto con el objeto. Expulsar, pues, á la conciencia del fenómeno del conocimiento es suponer un co-

nocimiento sin sujeto que conozca: como si pudiera haber objeto *(ob-jectum)* sin un sujeto que *ob-jicitur* el mundo externo; mundo externo, que, separado de todo contacto ó relación con nuestra conciencia, no será ya un objeto sino un sér extrasubjetivo, existente en sí pero incognoscible para nosotros. La experiencia del mundo sensible está, pues, tan distante de salirse de los límites de la conciencia, que más bien el conocimiento de lo externo es un *posterius* de la experiencia ó dela intuición de nuestro estado de conciencia. Es verdaderamente extraño tener que repetir hoy tales cosas, después de Berkeley, Hume, Kant y Schopenhauer; hoy, que se peca más por exceso (y exceso gravísimo), que por defecto de subjetivismo; hoy, que se ha desnaturalizado la índole psicológica de la representación al extremo de convertirla en puro idealismo, postulando la subjetividad exclusiva, no del acto representativo de la conciencia, sino de su conteni do objetivo.

El prejuicio sistemático en que Post incurre de que la observación de los estados internos dé menores garantías de seguridad que la observación objetiva de los fenómenos exteriores, es paralógico y absurdo; porque la observación empírica de lo externo sólo es posible en las formas de la conciencia y está vinculada indeleblemente, como á su presupuesto inmediato, á la percepción de los estados de conciencia, siguiéndose de ahí que de los vicios y lagunas de que adolezca la una adolecerá también la otra. Si es incierto y engañoso el

conocimiento de los estados internos, todavía más lo será el de los términos de esos estados, ó sea de la realidad exterior. Las observaciones de Post, si fueran fundadas, probarían demasiado, y, por consiguiente, nada probarían. La crítica de la con ciencia puede, cuando más, contribuir al excepticismo absoluto, pero nunca á una forma de dogmatismo filosófico. Sólo que tal crítica ó tal excepticismo está en contradicción con las mismas exigencias lógicas del empirismo. Verdaderamente, una doctrina que hace de la experiencia criterio universal del conocimienro humano, no sólo no debiera, siendo algo filosófica, prescindir de la investigación de nuestros estados de conciencia, sino antes proclamarla como la ciencia más cierta de todas, porque es la única que se apoya en una experiencia inmediata. Rigurosamente, el conocimiento de nuestra realidad interna es un saber experimental. *Erfahren*—dice muy bien Volkelt—*ist unmittelbares, scheidewandlosses Innewerden:* lo que sólo conviene á la realidad interna.

Precisamente la experiencia de nuestros empíricos, como la pretendida intuición de los ontológicos, significa la ausencia de toda mediación psicológica entre el intelecto desnudo y vacío y las cosas. Ahora, esta falta de mediación, esta inmersión, por decirlo así, del sujeto en el objeto, ó esta contracción del objeto en el sujeto, no se verifica sino en el dominio del conocimiento interior, en que sujeto y objeto son una misma cosa. Para que, hablando rigurosamente, el mundo ultrasubjetivo

fuese objeto de experiencia inmediata, sería preciso que se transfiriese inmediatamente al seno de la conciencia, esto es, que dejase de ser lo que es, un mundo extrasubjetivo, para ser muy otra cosa, un mundo subjetivo *en sí mismo y originariamente.* He ahí por qué el empirismo no destituído de valor filosófico ha podido ir á dar en el idealismo subjetivo, pero no el puro objetivismo vulgar. Es decir, que ha podido, en satisfacción á su criterio, negar fe á los términos objetivos de los estados de conciencia, porque la *experiencia* de esos estados, como *experiencia,* sólo se garantiza á sí misma y á su objeto inmediato, pero nunca, pasando sobre esa experiencia, podrá afirmar (ó postular, mejor dicho), la existencia de esos términos. Tal fué precisamente, relativamente hablando (además del de los filósofos atrás nombrados), el empirismo del *Aufklärung* griega, de la *sofística:* puro y radical subjetivismo.

Si la conciencia es un criterio anterior á todo otro en cualesquiera órdenes de conocimientos, lo es con igual razón en el de las ciencias morales y jurídicas. Por docto que sea un raciocinio, por profunda que sea una reflexión, no podrá darnos á conocer lo que el justo ó injusto si no lo sabemos por nosotros mismos; si no experimentamos en nuestra conciencia el criterio que diferencia lo uno de lo otro. Se ha dicho que la historia es maestra de la vida; con más razón podría decirse que la conciencia es maestra del hombre. Pretender reconstruir la conciencia jurídica por medio de la

mera experiencia externa, contraponer, como se hace, la psicología colectiva á la psicología individual es absurdo. A quien no se conozca á sí mismo le faltará el único medio de conocer á los demás. La conciencia colectiva es una proyección objetiva de la conciencia individual, un tejido de hilaciones analógicas entre nuestro espíritu y los demás espíritus. La conciencia social es un producto de la virtud expansiva de la conciencia individual; virtud que nos enseña á ver en los otros el reflejo de nosotros mismos, y á atribuirles lo que en nosotros experimentamos. De esta expansión hacia lo externo, de esta victoria sobre el *principio de individualización* se derivan, indudablemente, nuevas energías intelectivas que nos permiten profundizar mucho más la reflexión sobre nosotros mismos. Pero no se olvide que ese salto heróico desde el yo al tú se debe al mismo yo, ó sea, á la misma conciencia individual, y es efecto de una virtud connatural en ella. Lo dicho es común á la especulación y á la vida; porque la psicología colectiva es un derivado de la conciencia individual tanto en el orden de los conceptos, como en el de las cosas.

Lisonjéase Post de prescindir del criterio de la conciencia, pero continuamente va á dar en él; porque la naturaleza de las cosas exige que los múltiples datos de sus investigaciones se agrupen alrededor de ciertos núcleos centrales animados por un contenido ideal cualquiera. Esta serie de nexos lógicos y ese contenido ideal que influyen sobre la

experiencia objetiva y la dominan, no pueden ser esa misma experiencia objetiva. En su laborioso proceso indagativo de las diversas formaciones jurídicas, la experiencia, la comparación, debe tener el sólido apoyo de un concepto primitivo, de una síntesis ideal de aquello que constituye el Derecho, concepto y síntesis que si no los revela la conciencia, no se sabe quien pueda revelarlos. La com paración, como se demostrará mejor en adelante, no puede prescindir de un contenido conceptual preexistente que reciba anticipadamente de otra parte, y sus resultados tienen que acomodarse siempre al estado *presente* del conocimiento que tenga el investigador acerca de la naturaleza común de los objetos que observa y que compara. Llevará, pues, siempre esa comparación el sello no sólo de la conciencia propiamente dicha, sino también de la especulación individual del investigador.

Pero Post, no sólo censura para negar el criterio psicológico, sino que funda la pretendida prioridad del criterio de la experiencia objetiva sobre un motivo positivo. Los fenómenos del mundo sensible son, para él, una creación de los estados inconscientes del espíritu; la experiencia de ellos es tanto más fidedigna que cualquiera otra, cuanto que sólo esa experiencia puede suministrarnos criterios retrospectivos y reversivos sobre la naturaleza del espíritu humano. Ya ese considerar los fenómenos objetivos como pura y simple creación del sujeto, sea consciente ó inconsciente, nos de-

muestra que nuestro autor, después de negar arbitrariamente lo que hay de sano y plausible en el subjetivismo, no sabe después hacer nada mejor que dogmatizar, por un procedimiento no menos arbitrario, lo que en él hay de falaz y caduco. Pero ese postular la inconciencia del espíritu creador del mundo, agrava los errores del subjetivismo con un equívoco que el autor toma de la psicología, tan en boga hoy, de los estados psíquicos inconscientes; equívoco que consiste en hacer una sola cosa de la conciencia directa y de la conciencia refleja, siendo cosas tan distintas entre sí, y de las cuales en muchos casos faltará la última, pero nunca puede faltar la primera. El conocimiento, ó sea la experiencia inmediata é irrefleja de nuestros estados internos, es el único criterio para conocerlos; de modo que si falta, faltará también al pensador toda razón para afirmar la existencia de esos estados, ó de uno de ellos, cual sería, en la especie, la creación del mundo sensible de Post.

Todo acto del espíritu está presente inmediatamente para nosotros; y esta presencia inmediata, si no fuese un hecho de experiencia psicológica, sería un postulado de la ideología para legitimar la afirmación que todos los hombres hacen de los fenómenos internos. El espíritu inconsciente, justamente porque hace el mundo sin darse cuenta, no sabe hacerlo, y no sabiéndolo él, se ignora quien lo sepa en su lugar. Más todavía: la reflexión interna es indispensable para penetrar la esencia de los fenómenos internos; pero para afirmar su

simple existencia basta y debiera bastar la simple conciencia directa. Ahora, de ese fenómeno interno, que se llama creación del mundo sensible, Post no penetra la esencia, sino que afirma sólo la existencia, existencia que, no pudiendo probar porque no reconoce la conciencia directa, así no puede evitar que se le refute el postulado que hace de la inconsciencia y la irreflexión. Sólo falta que confiese abiertamente que la pretendida acción creadora del espíritu inconsciente, ó sea que el pretendido motivo de la prioridad de la experiencia exterior sobre la experiencia psicológica, es un mero presupuesto *apriorístico* y subjetivo que no puede probarse. Y, precisamente, esa índole *apriorística* y subjetiva de su principio ó de uno de sus principios fundamentales, es quien denuncia los errores de un sistema que después de presentarse como opuesto directamente al *a priori* de la filosofía, no sabe sino fundar sobre otro *a priori*, (¡y de qué alcance!) la autoridad de su criterio. El valor que tenga la observación empírica de los fenómenos sensibles depende del que se presupone tener el principio de la naturaleza subjetiva de los mismos fenómenos. La indagación y la comparación de las instituciones y de los ideales jurídicos de los diversos pueblos de la tierra, tanto es concluyente cuanto se sepa de antemano que en esas instituciones y en esos ideales se objetiva la conciencia humana. ¡Y qué pensadores de este género tilden á la filosofía de *apriorística!*

Esta exageración piramidal del *a priori* que todavía pretende ser puro empirismo, se revela después manifiestamente en la doctrina de Post sobre la legitimidad y alcance de la jurisprudencia etnológica. Porque la comparación, como él la entiende, aun permaneciendo lo que es, una investigación empírica é inductiva, aun oponiéndose á la filosofía especulativa, la cual procede ó se presume que procede por deducciones, tendría todavía en su laborioso proceso investigatorio que extralimitarse de las condiciones empíricas del tiempo y del espacio y entender en la comprobación del subestrato biológico uniforme de la humanidad. Luego, es claro que la noción, antes que el juicio sobre la existencia de ese subestrato biológico, existe antes que la comparación en la mente del investigador y dicta leyes á éste, y que el producto de la indagación comparativa, primero que ser determinado por el proceso y por las leyes interiores de la comparación, lo es por la vocación subjetiva del pensador. No obstante, la comparación es siempre una investigación empírica; luego, si no ha de ponerse en oposición directa con las exigencias de la experiencia, tiene que renunciar á tomar por guía en su procedimiento indagativo y reconstructivo todo contenido cuya existencia *a priori* se suponga. La mente del que observa ó compara debe ó debiera, según la lógica del empirismo, hallarse vacía de contenido doctrinal, porque ese contenido se propone ó debe proponerse derivarlo de la misma observación ó comparación. La serie de las rela-

ciones de semejanza de los fenómenos, el conjunto de los hechos sociales sucediéndose periódicamente, el subestrato biológico uniforme, deben ser resultado de la investigación, no un presupuesto; un término á que se llegue, no una noción ya dada.

Además, la ciencia de un hecho de experiencia es necesariamente relativa á las condiciones del tiempo y del espacio. La filosofía tiene aquí que tomar la defensa de la sana experiencia contra un absurdo transcendentalismo. Una ciencia que pretenda enlazar entre sí los hechos de la vida social é histórica de los pueblos, no puede suprimir las relaciones de tiempo y de lugar, sin las cuales no será una conexión metódica la que establezca, sino una yuxtaposición de hechos indiferentes, una aglomeración de material bruto y sin significación. Un hecho del que se ignora el lugar en que sucedido ó sucede y el tiempo en que tuvo principio y se ha ido desarrollando, podrá ser un concepto, pero no ciertamente un hecho. Decir historia es tanto como decir advenimiento de cosas que antes no había; siendo pues, destruir radicalmente la historia el privarla de la relación del antes y del después. La conformidad de las instituciones jurídicas en cuya comprobación consiste, según Post, el fin ideal de la comparación, no elimina la relación del tiempo, sino que la implica en sí misma. Tanto más concluyente es esa conformidad cuanto más subsiste la disconformidad de tiempos. La disconformidad de tiempos es, pues, un término correlativo y antitético de la conformi-

dad de instituciones. Eliminado uno de esos términos se elimina á la vez la posibilidad del otro, porque ambos pertenecen á una relación. Quítese la relación de tiempo, y esa conformidad y uniformidad vendrá á ser sinónimo de indiferencia. No será ya unidad real sino unidad dialéctica que devora *a priori* las diferencias. Será unidad, pero le faltará el contraste; esto es, aquello que la hace concluyente como unidad; será insípida como una gota de agua destilada.

La noción misma del reflujo periódico de las institucionas jurídicas, implica el antes y el después, como el adjetivo *periódico* claramente lo dice. A la vez, la relación del antes y el después implica ese otro principio de la coexistencia en un momento dado de las diversas fases históricas del desarrollo jurídico. Ante todo surgirían algunas dudas al sondear la doctrina de Post en este punto. Que sea aplicable al mundo social y jurídico la hipótesis biológica del paralelismo entre la ontogenia y la filogenia, entre la embriologia del individuo y la historia de la especie, Post no lo demuestra. Esa hipótesis es uno de los *a priori* que la complaciente biología le presta y que él, empírico é inductivista, eleva á presupuesto de la compararación etnológica; pero si se supone por un momento que esa hipótesis está comprendida en los términos del saber experimental y de la investigación comparativa, no se olvide entonces que esa hipótesis deriva de la relación de tiempo su valor y su significado.

Y en verdad, la coexistencia temporal de los estratos históricos sobrepuestos será tanto más concluyente cuanto más sea esa coexistencia de estratos correspondientes á tiempos diversos. Una coexistencia de fases simultáneas de desarrollo no llevaría á ningún resultado; prescindiendo de que en lo simultáneo va ya implícita una relación de tiempo. Si la descripción de los estratos jurídicos coexistentes adquiere valor del hecho de reproducir cada uno de ellos una historia, ó sea, un antes y un después de la evolución jurídica, reconózcase francamente que del antes y el después se derivan el valor y el significado de que aquellas investigaciones se jactan. Siendo siempre el criterio histórico el que guía el estudio de los estados jurídicos de tiempos diversos, no puede prescindirse del hilo de sucesión histórica; y si son objeto del estudio estados jurídicos coexistentes en un mismo tiempo, entonces se reconstruye la historia que se ve eternizada en cada uno de esos estados ó se convierte una relación de coexistencia en una relación de sucesión. Y si se rechaza ese criterio historico como una exigencia de detalle, y se sustituye el *a priori* biológico al análisis y á la diferenciación minuciosa, paciente y escrupulosa de los periodos, de los estratos y de las razas, no se dará una observación, sino una petición de principio.

En la hipótesis de la coexistencia de los diversos estados jurídicos y en el criterio que supone que todo momento individual de la historia huma-

na reproduce y representa la historia de la especie, funda Post y lo mismo hacen hoy muchos autores anteriores y posteriores á él, la legitimidad y el valor de las reconstrucciones prehistóricas.

De esa hipótesis y de ese criterio es consecuencia, ó creen que lo es los que los aceptan, que el estado de los actuales *Kulturvölker*, es reproducción del estado de las tribus prehistóricas, pudiendo la ciencia rehacer la historia de las últimas, estudiando escrupulosamente la condición presente de aquellos primeros. Pero si esa correspondencia entre los salvajes de nuestros días y los salvajes de otros tiempos en vez de fundarla en una hipótesis, se ensaya en su verdadero valor, se verá claramente que es un principio no demostrado *à posteriori* y muy difícil de demostrar *á priori*. La relación de semejanza entre las tribus prehistóricas y los salvajes de nuestro tiempo, no puede ser probada directamente por comparación ó sea, por el criterio experimental, porque se ignora uno de los términos de la comparación ó sea el estado de las tribus prehistóricas; antes y precisamente para suplir esa ignorancia, se ha supuesto y admitido tal semejanza, faltando pruebas que la demuestren. Nadie podría asegurar con rigor científico que el estado de los actuales salvajes sea un fenómeno ó un momento necesario de la evolución de la humanidad, ó que sólo sea un fenómeno particular perteneciente á una parte de la humanidad, ó á un pueblo ó grupo de pueblos, no pudiendo, por consiguiente, hacérsele extensivo á la humanidad entera. La

especulación nada nos dice sobre ello, no negando, pero tampoco afirmando. Si en la legitimidad de esa reconstrucción de la prehistoria se apoya la pretendida superioridad de la comparación etnológica y biológica sobre la comparación histórica, esa superioridad se desvanecerá en humo. Faltará á la comparación histórica la condición de la experiencia de que se jacta la otra, porque los hechos que aquella consigna están fuera de la vida, mientras que los registrados por su adversaria son fenómenos vivientes en una parte de la humanidad, en los cuales se presume que una misteriosa providencia de la naturaleza representa á guisa de experiencia de hecho, las fases de una vida ya irrevocablemente transcurrida; pero con todo, la comparación histórica tiene un gran título de superioridad sobre la otra: porque los hechos que ella indaga y compara están enlazados genésica y espontáneamente con las intuiciones jurídicas de nuestro tiempo, por lo que el interpretarlos y refundirlos en nuestra doctrina y en nuestra terminología (condición necesaria para que puedan ser observados y comparados), es legítimo y conforme con la verdad, mientras que los fenómenos de la vida del *Naturvölker*, hallándose fuera de la historia, y no teniendo ningún contacto directo con los pueblos históricos ni con el momento histórico presente, no son suceptibles de interpretación que no desnaturalice su verdadera índole. Porque sólo con una condición podemos interpretar la realidad objetiva existente en lo exterior á nosotros: con la

condición de referirla á un contenido mental preexistente en nosotros: con la condición de examinarla *en función* de una idea ó concepto adquirido fuera de la realidad misma que nos proponemos interpretar. Ahora bien, ese entregar á la censura de nuestro concepto y de nuestro lenguaje jurídico, los fenómenos de una vida *sub-humana* por completo ajena á toda relación objetiva con esos conceptos y con ese lenguaje, no da ninguna seguridad sobre la objetividad de la cognisción. Para que se verifique verdaderamente la cognisción representativa de lo exterior, es preciso que entre el sujeto que conoce y el objeto de ese conocimiento haya cierta relación de afinidad, cierto *hábito* como diría la *escuela*, cuya falta no deja ver las cosas como verdaderamente son, sino proyectadas en un contenido intelectivo radicalmente disconforme con su naturaleza. No sucede esto en el domínio de la comparación histórica; porque la continuidad de la historia enlaza nuestras intuiciones jurídicas presentes con los periodos históricos pasados, y porque nuestra doctrina y nuestra terminología son verdadera imagen de la serie de las experiencias históricas depositadas y consolidadas en ellas.

Con estas reflexiones queda terminado el exámen de los principios fundamentales enunciados por Post; pero no todavía el que concierne al verdadero problema de la comparación, que ora le sea atribuído carácter biológico, ora carácter histórico, contiene muy otras cuestiones que resolver que las

que Post plantea. La comparación es una labor experimental como él mismo reconoce. El ser exclusivamente la experiencia criterio cognoscitivo de las cosas se sobreentiende en su doctrina. Ahora, precisamente en esta tesis ideológica fundamental de la exclusividad de la experiencia está el verdadero problema del método comparativo, como el del método y el criterio experimental en general; y digo problema, porque la negación dogmática de los positivistas no ha podido hacer que deje de serlo. ¿Es posible la comparación de las instituciones jurídicas sin que preexista en la mente del sujeto un concepto más ó menos filosófico del Derecho, y es posible adquirir ese concepto por el sólo medio de la experiencia sensible sin que haya antes de la experiencia actual de los fenómenos que se presumen jurídicos una síntesis ideal del Derecho por *intuición*, de la cual, ó *en función* de la cual, los dichos fenómenos son tales ó se representan como tales? Es como se ve el problema de la crítica el que toda filosofía jurídica positivista, lo mismo que la otra filosofía jurídica comparativa, debieran haber resuelto antes de pretender autoridad de método y de contenido científico, y es el que ni ella ni ninguna de las diferentes formas en que se diversifican han resuelto todavía. A nosotros nos basta discutir ese problema para descubrir los vicios y el vacío de la fenomenología; defectos que no se derivan de las opiniones personales de los pensadores ni de sus doctrinas particulares, sino que son indeclinable consecuencia del asunto fundamental

de todas las doctrinas, y que corroen las raíces de la fenomenología. La crítica de la experiencia: hé ahí lo que hoy se pide para quitarle al realismo empírico la legitimidad que usurpa, y para restituírsela íntegra á la filosofía.



SECCION SEGUNDA

ANALISIS DEL CRITERIO FUNDAMETAL DEL REALISMO JURIDICO

Para estudiar á fondo el valor del realismo jurídico, conviene ante todo indagar si resuelve ó da seguridad de resolver y hasta dónde, los problemas que todo estudio que aspire al título de filosófico del Derecho se propone, problemas que no eran del todo ajenos á la filosofía del derecho tradicional. Tres son los problemas que siempre se ha planteado la filosofía ó que marcan la intervención del escepticismo filosófico bien entendido. El primero concierne al origen, al alcance, á los límites del conocer; el segundo á la naturaleza del ser, que es el objeto del conocer; el tercero al valor y á las leyes del obrar. El primero, es el problema *gnoseológico*, y puede formularse así en la filosofía del Derecho: ¿qué actos y funciones mentales se requieren para formarse, rigurosamente hablando, una noción del Derecho? ¿Cuál es su criterio, su *principium cognoscendi*? La investigación inductiva de los fenómenos del De-

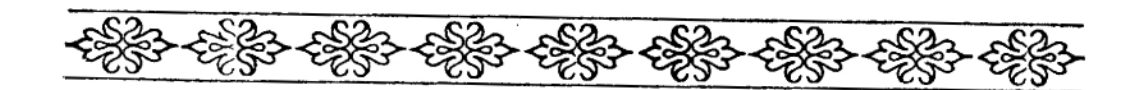
recho, ¿presupone ó no una noción del derecho, una serie de *hábitos* ó de funciones mentales que sean como premisas ó como leyos del proceso inductivo? El segundo, es el problema *ontológico* y se expresa en esta pregunta: ¿en qué se sustancia el Derecho? ¿Cuál es la naturaleza que *subest*, que permanece inmutable en sus evoluciones fenoménicas?, y suponiendo que sea ilegítima la investigación del sér y de la sustancia, ó sea, en la hipótesis *fenomenística*, ¿cual es y donde está el origen del fenómeno jurídico? El tercero es el problema *ético*, y la manera con que puede ser resuelto corresponde exactamente con aquella con que se formula y se debate el problema ontológico. Búscase en ese problema la contestación á la pregunta de cuáles son las normas de la conducta jurídica debida; de si los mandatos del poder positivo están simplemente por tales, dotados de valor ético-imperativo, ó de si en lugar de ello, hay un criterio normativo, ajeno y superior á ese criterio y capaz de juzgarlo; de si se debe aceptar simplemente los mandatos autoritarios, ó sean, los del derecho positivo, ó si al contrario, es legítimo y correcto demandar el título racional de ese derecho, el derecho de ese derecho, problema, en suma, y para decirlo brevemente, que es el del derecho natural.

El realismo jurídico no puede evidentemente sustraerse á estos problemas que se propone todo hombre pensador, aunque no sea filósofo, y que en vano se trataría de eludir ó desviar, y cuya so-

lución de un modo ó de otro, directa ó indirectamente busca el mismo realismo jurídico. La indagación cognocitiva no es para él un problema, por cuanto presupone la solución que, como tantas veces se ha visto, es vulgarmente empírica. Las otras dos cuestiones, la ética y la ontológica, las ha acomodado á las exigencias de su empirismo cognocitivo: ha desnaturalizado la primera de ellas convirtiéndola de problema de ser en problema de origen, y ha negado explícitamente la segunda. No es ello óbice, por otra parte, para que así aquella forma especial en que se plantea y se interpreta uno de los problemas, como aquella exclusión ó solución *a priori* que se impone al otro, sean la consecuencia de un escepticismo crítico, expreso ó sobreentendido, é implicito en el asunto fundamental del empirismo, aunque no conduzca de deliberado propósito á interpretar de esta ó la otra manera el asunto mismo.

Falta que ver si el problema está planteado conforme al empirismo ó á la filosofía, ó donde lo planteen ambos de igual manera, si tiene de uno ú otro modo, forma de resolverse. Y digo adrede la filosofía, sin ningún predicado que la determine en un sentido ó en otro, ó que la limite á determinada escuela, porque el empirismo se proclama antitético, no de esta ó aquella filosofía, sino de la filosofía en general ó, si se quiere, es una forma de filosofía contraria á aquella que hasta aquí se había tenido por tal—á la metafísica—y contraria, no á tal ó cual sistema, sino al criterio común á todos

los sistemas: al *genus proximum* de ellos. Será, pues, para nosotros término de contraposición al empirismo, el asunto impersonal de la filosofía, prescindiendo de sus variedades individuales. Lo que ha de entenderse en sentido relativo y limitado á ese posible acuerdo, que convertido en luchas doctrinales descubre en la tradición histórica de la filosofía quienquiera que la interprete con *intelletto d'amore.*



CAPÍTULO I

El criterio de la experiencia y el problema gnoseológico de la filosofía del Derecho.

Siendo la experiencia, ó sea la observación y la comparación de los datos fenoménicos, el criterio cognoscitivo universal del realismo jurídico, la crítica de éste se traduce en crítica de la experiencia. No data ciertamente esa crítica de nuestros días, pues es muy antigua. No comienza en Kant, como se cree comúnmente, sino que se remonta á Platón, que reivindicó la razón de la ciencia y de la filosofía contra la *doxa* y el empirismo de los sofistas. Pero no por vieja ha perdido aún la frescura de la novedad, habiendo renacido hoy en que el positivismo, en la forma más madura de la teoría de la asociacion, ó en la de la evolución, ha reanudado los fastos del empirismo.

Diremos, pues, aún á riesgo de que se nos tilde de pesados, que la experiencia por sí sola no está más en condiciones de descubrir el momento universal y necesario del Derecho ni el enlace causal de los fenómenos jurídicos, que el momento necesario ni el enlace causal de los demás órdenes de

fenómenos. Dícenos la experiencia que una cosa fué hecha así y sólo así; pero no que no pudiera ser hecha de otra manera. La experiencia nos da la coexistencia y la sucesión de los fenómenos, y puede darnos también la ley empírica (la llamada impropiamente *ley de conformidad*, porque no es tal ley) de esa coexistencia y de esa sucesión; pero no nos da ni podrá darnos nunca la ley de necesidad. Ella nos da la repetición de las coexistencias y de las sucesiones de fenómenos determinados, pero no la ley de tales repeticiones. Ella nos dice que una cosa se repite cien, mil, diez mil veces, pero no que tenga necesariamente que repetirse. El último término de la serie progresiva y fatigosa de la experiencia nada mejor ni peor nos dice que el primero, y la última repetición no vale mas que el primer hecho. El enriquecimiento del material de la experiencia es un proceso cuantitativo, del que no hay alquimia que saque una cualidad nueva. Preguntamos por el *quia* y el *quid*, mientras que los progresos de la experiencia sólo nos prometen un conocimiento cada vez más dilatado del *quale*.

La teoría de la asociación, que data de Hume, elude el problema atribuyendo á esta ley de necesidad un alcance puramente psicológico. La necesidad objetiva—dice—es un engaño; la necesidad es puramente subjetiva; es la coacción interior en nuestras potencias representativas hacia un nexo dado, ó hacia una serie dada de nexos lógicos. La categoría de la necesidad es una objetivación ilusoria, una proyección á lo externo del hábito in-

terno hacia un nexo ideal dado. Pero por más razones que se aduzcan en pro de semejante tesis, no se hace desaparecer el equívoco que la vicia. La coacción interna puede bien nacer del hábito; pero la necesidad lógica de la razón es muy otra cosa que la coacción psicológica del sentimiento. Esta última no es necesaria, sino accidental por naturaleza, porque el dominio psicológico es el dominio de lo variable, de lo casual, de lo contingente

Tampoco puede llegarse por la experiencia al conocimiento del momento universal de las cosas.

La universalidad á que puede llegarse es, á lo sumo, una universalidad *sui generis*; universalidad provisional y relativa, que es tanto como negación de la universalidad científica. El *máximum* del esfuerzo cogitativo á que puede llegar la experiencia, según un conocido principio de Kant es el siguiente: «En lo que hasta aquí hemos aprendido no se encuentra excepción á esta ó á estotra regla», pero no á este otro: «Esta regla es universal y no tiene excepción alguna». Y así es, porque las conclusiones de la experiencia están limitadas y sometidas á ella, que siendo eminentemente analítica, sólo asegura y garantiza su respuesta inmediata. La experiencia nos dice que determinadas coexistencias y determinadas sucesiones de fenómenos se han repetido hasta aquí; pero no nos asegura que se repetirán en adelante. Cierto es que de contínuo objetivamos y universalizamos los resultados de la exigua y estrecha experiencia personal que está á

nuestro alcance y los traducimos *sub specie æternitatis*; pero al obrar así traspasamos los límites de la pura experiencia, invocando y haciendo uso para nuestra cognisción de un criterio distinto del experimental. En todo juicio que formulamos hay un tácito sobreentendido que precede á la experiencia y que la integra; sobreentendido que puede expresarse diciendo que la repetición de coexistencias y de sucesiones que no hemos todavía observado ni podremos observar en lo futuro, está conforme con las repeticiones ó con la serie de repeticiones ya observadas. El procedimiento inductivo presupone el *hábitus*, la función mental que se formula en el principio de *identidad*; del cual se sigue que cuanto se dice sobre una cosa ó sobre una relación ya experimentada, está dicho acerca de todas las cosas y relaciones susceptibles de ser sometidas á la experiencia, ó que sean de la misma naturaleza sustancial que las primeras ó las últimas.

Tampoco es apta la experiencia para conocer el porqué de las cosas, el *cur* de aquello cuya universalidad se ignore. La sucesión de los fenómenos, aunque se sujete á una regla, no es causalidad; y de que haya una relación entre los anteriores y posteriores de una serie, no se sigue que la mente del observador, que para el caso, es *tabula rasa*, deduzca de la mera relación empírica de antecedente y consecuente la posibilidad de aquel ideal de causa y efecto. La experiencia repetida de ser seguido un fenómeno dado por otro fenómeno, no puede crear *ex nihilo sui* aquella relación de cau-

salidad que era inconcebible en los primeros grados y en los primeros pasos de esa experiencia. La relación de causalidad está sin duda en las cosas (el escepticismo de Hume no ha puesto fin al problema), pero no es una especie impresa en la cosas que sea visible y palpable al desnudo; susceptible, en suma, de experiencia. La noción de esa relación es, puede decirse, una presuposición de la inteligencia sobre la experiencia y sobre la naturaleza misma. Todo nexo causal que formulamos presupone el *habitus*; la función mental de nexo causal como tal nexo causal. Deciamos que tal cosa era efecto de cual otra, sólo porque sabíamos que remontando la serie regresiva de los fenómenos, cada uno de los términos de esa serie era un efecto, un producto de una causa, hasta llegar al primer término, que no es ya efecto sino *causa sui*. Ciertamente sin esa función mental no podríamos discernir la afinidad y la conformidad logica entre la acción de una cosa y la naturaleza de hecho de otra cosa que la sigue; entre la una y la otra no veríamos nunca una relación causal si á aquel nexo de conformidad no se asociase espontáneamente en nuestro pensamiento aquella función mental que llamaré lo *sobreentendido de la causalidad*. Quien analizase esa serie de sobreentendidos y esa presciencia, y viese cuan fácil y seductor es para el metafísico que sea artista al mismo tiempo, imprimir á esa presciencia forma de recuerdo de una vida psíquica ultramundana, vería quizás que la doctrina platónica «saber es recor-

dar» es más bien una deformación poética de un sano principio filosófico, que un principio falso por naturaleza. Nuestra ciencia, si no es presciencia lleva en sí sobreentendida cierta cantidad de presciencia. Augusto Comte enuncia el mismo principio en otra forma cuando dice «saber es prever». La previsión de un fenómeno que puede ser experimentado, pero que no lo ha sido, es evidentemente presciencia intelectiva.

Un lógico modernísimo de la escuela crítico-positivista, Masaryk, confirma indirectamente, con razonamientos que son aquí oportunos, estos principios supremos de la crítica del conocimiento.

Los fenómenos particulares—dice el autor del *Ensayo de lógica concreta*—son siempre los elementos constitutivos del universo como el objeto propio del entendimiento humano; pero no lo son inmediatamente. Nuestro intelecto no puede abarcar y concebir intuitivamente de un golpe la unidad de las cosas; su procedimiento es, por defecto connatural, eminentemente abstractivo. Comprende no obstante las cosas, no por intuición directa, sino mediante las leyes y propiedades esenciales inherentes á ellas. Estas leyes y propiedades son el *prius*, no el *posterius* del entendimiento. Hay dos géneros de ciencias: abstractas y concretas. Las primeras conocen las leyes de las cosas, y las segundas el ser de hecho de las cosas. Ahora bien, las ciencias abstractas son el fundamento, el presupuesto de las concretas, precisamente por no ser conocidas las cosas sino por sus leyes y propieda-

des esenciales. La biología que es ciencia abstracta, porque tiene por objeto las leyes de la vida, precede á la zoología que estudia los animales vivientes y que es la *conditio sine qua non* de su existencia. Si las ciencias concretas presuponen las abstractas, es absurdo suponer que las primeras son la base de la segundas. Tal supuesto sería una inversión de los términos. El supuesto contrario es precisamente el verdadero. Las cosas no se conciben ó experimentan de una sola vez en su ser, sino que se conocen *en función* de una ley y de una propiedad esencial que precede á la experiencia y la hace posible. He ahí el motivo de que las ciencias abstractas hicieran progresos mucho mayores que las concretas; he ahí porque son éstas posteriores á aquellas y porque su madurez sigue en el orden del tiempo á los progresos de aquellas.

Estos principios de Masaryk están fundados en la verdad, bien que el modo de expresarlos diste mucho de ser suyo. Emplea una terminología tomada al empirismo para formular una noción supraempírica. Lo que llama procedimiento abstractivo se llama procedimiento de síntesis espontánea y originaria, porque la abstracción presupone el conocimiento de lo concreto de donde se abstrae, lo cual está en contra de lo supuesto.

Prescindiendo de esto, queda entre tanto establecido que no solo la filosofía, sino hasta el mismo positivismo crítico é ilustrado, están de acuerdo en que al conocimiento analítico de las cosas particulares debe preceder el conocimiento de las especies

universales, que es como una síntesis, una deducción espontánea y originaria, una anticipación mental de la observación. La experiencia atenida á sus solas fuerzas está tan lejos de dar un concepto científico de las cosas, que sin la ayuda de una facultad intelectiva que está sobre ella y que es primero que ella, no podría ni siquiera darse á luz ni legitimarse como experiencia.

Ahora bien, repito lo que he dicho más arriba; que esta defectividad de la experiencia subsiste en el orden de los conocimientos jurídicos, como en cualquiera otro orden de conocimientos. También aquí la noción universal debe preceder á la experiencia particular: la ciencia sintética de las propiedades esenciales del Derecho debe preceder á la ciencia analítica de los fenómenos jurídicos particulares y no ir detrás de ella; también aquí una extensión, un acrecentamiento del material del caudal de hechos puede aumentar las *noticias* de las cosas, pero no la ciencia, como dice Hartmann. El material de los hechos es el subsuelo, no el objeto de la ciencia. La observación empírica de los hechos jurídicos nada nos dice sobre el momento universal y necesario del Derecho, nada sobre los nexos causales de esos hechos, siendo, por lo tanto, impotente para realizar no ya una síntesis filosófica, sino una sencilla síntesis científica; de modo que guiada por ella, no logrará la fenomenología descubrir aquel principio sintético y ese universal lógico del Derecho que, como tantas veces hemos dicho, representa su término ideal. Diciéndolo más

explícitamente, la observación empírica aun dándole toda la latitud posible, no producirá por sí sola no ya una filosofía, pero ni siquiera una ciencia del Derecho.

Porque está fuera de duda que la ciencia tiene por sujeto lo universal y necesario de las cosas. Platon y Aristóteles ambos á dos han puesto fuera de examen que el objeto de la ciencia es la y νόησις περλόυσιxν que la experiencia, que estudia lo particular, no se confunde con la ciencia, que estudia lo universal. Los mismos principios sintéticos de la fenomenología de que hemos venido tratando, no proceden de la experiencia, sino de la especulación del pensador. La historia enseña á Jhering el hecho de la *lucha* y del *fin interesado;* pero cuando generaliza la experiencia de ese hecho convirtiéndolo en momento universal del Derecho se sale de los límites de la experiencia para satisfacer una exigencia especulativa que es anterior á la experiencia. La razón de Dahn y lo *justo* de Lasson se fundan tan poco en la experiencia, que aquella primera es una reminiscencia de la *opinio necessitatis* de la metafísica ó una fórmula lógica de la racionalidad de la *Volksbewusstein* (que es á la vez una hipótesis demo-psicológica ajena á toda experiencia), y lo *justo* de Lasson es la aplicación al Derecho de aquel *logos* hegeliano, último residuo de una notomía de los actos cognoscitivos, que tiene por punto de partida la exageración del *á priori*. El principio del respeto á la fuerza imperante *(Achtung)* y el de la prevolición de la norma *(Aner-*

kennung) no son hechos de experiencia objetiva, sino *hipostasis intelectivas* de algunos hechos accidentales de experiencia psicológica.

El realismo jurídico cree conocer las propiedades esenciales y las leyes del Derecho por el mero procedimiento de la inducción y de la comparación. Hemos visto hace poco á Post, en el análisis comparativo de los hechos particulares de la vida de los pueblos, reconocer el secreto del subestrato universal de esos hechos y de esa vida. Pero la observación y la comparación no son posibles sin una teoría preexistente que nos haga discernir lo que se ha observado de lo que no se ha observado y que en el material desordenado de los hechos nos permita separar ese momento que concierne y preocupa á nuestra ciencia de esos otros que no nos atañen y en que difieren las otras ciencias de la nuestra. Sin el hilo de Ariadna de la especulación, la observación y la comparación de los hechos son un laberinto inextricable de donde no puede salirse. Si no supiéramos primero por una previsión intelectiva lo que es Derecho, no podríamos distinguir los fenómenos jurídicos de los que no lo son, ni en los mismos fenomenos jurídicos podríamos separar lo esencial de lo que no lo es. También en el orden de los conocimientos jurídicos es cierto que *la intuición es ciega sin la categoría;* debiendo haber en el acopio enorme de materiales históricos puestos á contribución por la indagación y por la comparación, cantidades conocidas que permitan al observador orientarse en su camino; lo que

se refleja en el orden del pensamiento de lo que, como veremos, se realiza en el orden de las cosas. Porque, evidentemente, la humanidad en su proceso evolutivo ha de haber tenido pausas, puntos de reposo, momentos en los cuales se ha ido depositando, consolidando, y por decirlo así, cristalizando el presunto fluctuar de los fenómenos. La presión de la lógica y aquella que llama Schopenhauer *die List der Idee*, domina por otra parte á los mismos que profesan el sistema inductivo en jurisprudencia, haciendo que desmientan con los hechos lo que han afirmado con las palabras. No porque rechacen los *a priori* prescinden muchas veces de ellos, abundando sus investigaciones en presupuestos *a priori*, tomados de nuestras actuales intuiciones jurídicas ó de nuestras especulaciones filosóficas. Tan arduo, tan imposible es, al rehacer en sentido retrospectivo el proceso de la evolución jurídica, prescindir de una concepción ideal de lo que es derecho, ó de un criterio intelectivo que ayude á distinguirlo de los otros fenómenos del cosmos.

El método comparativo, que pretende inferir del simple examen de los hechos la noción de su momento jurídico, es, por consiguiente, una verdadera *petitio principii*. Hay forzosamente que tener una idea previa de lo que se busca si ha de encontrársele. Bueno es, por ejemplo, investigar las formas históricas de la propiedad inmueble en el mundo oriental ó hacer el cotejo de esas formas históricas con las de los pueblos occidentales; pero

quien no tenga una noción cualquiera que sea, acerca de la propiedad inmueble, no hará nunca ni esa investigación ni ese cotejo. La historia es siempre, historia de alguna cosa (1).

El ordenamiento en serie de los fenómenos bajo el género *derecho* ó bajo la especie *familia*, *propiedad*, etc. (y elijo de todo propósito el ordenamiento en serie más fácil y elemental), y toda la serie de los principios, rúbricas y clasificaciones de la jurisprudencia histórica y comparativa, son, por exigencia de las cosas, un presupuesto y no un resultado de la comparación y de la historia. Y no se arguya con que el concepto del derecho emerge del fondo mismo de la observación y de la comparación, y puede ser obtenido comparando gran número de objetos afines entre sí, prescindiendo de las diferencias individuales de cada uno, y fijándose en aquel género y en aquella nota

(1) Man kommt nicht von der geschichtlichen Betrachtung zu dem Gewordenen, sondern gerade umgekehrt: man sucht, von diesem ausgehend, seine Erfahrung nach rückwärts in der Zeit zu erweitern... Der Versuch, aus de Geschichte *herauszusammenfügend* zu erschaffen, käme auf ein Misslingen oder eine Selbsttäuschung hinaus: es giebt nur Geschichte von Etwas. Wenn die sogennante genetische Methode die *volkomneren* Gestaltungen aus den *unvolkomneren* sich erzeugen, so sollte nie übersehen werden, dass im Nachweise des Keimes *das Wozu er sich etwickeln*, Wessen Keim er sein soll, schon vorschwebt; nur vom vollendeten Erzeugniss fragen wir zurück nach den keimartigen Anfängen.

Stammler. Die Methoden der geschichtlichen Rechtstheorie S. 52-53.

universal y común en que convengan todos á un tiempo, pues precisamente para que pueda hacerse esa comparación, se requiere una idea previa sintética de la naturaleza sustancial del derecho. Para discernir en qué son afines los objetos, tiene que haber antes un concepto ideal respecto al cual se establezca su afinidad ó su desemejanza. La observación y la comparación darán el hecho de la conveniencia sólo cuando previamente se conozca ó pudiera decir que se presienta, por tal anticipación irreflexiva del espíritu, aquello en que consiste la conveniencia y la razón formal de ella. La nota común es una premisa del procedimiento abstractivo. Preciso es rebajar el fenómeno del conocimiento al más vulgar materialismo para admitir que los elementos que están conformes entre sí hipotéticamente, se sujetan á entrar juntos en una relación de conformidad por una percepción inmediata de su ser de hecho. Para que los efementos *b*, *c*, *d* presenten un elemento común con *a* y se resuman en una relación común *A*, es preciso cuando menos que *a*, ó sea el término de comparación, haya impresionado al pensador y se le aparezca en la mente como un momento de naturaleza tal que pueda servir de regla á los otros; que sea como un equivalente ideológico, por decirlo así, preexistente que se obtiene después formulado en la relación *A*. Si el intelecto del observador es una *tabula rasa*, no advertirá ni diferencias, ni semejanzas en los fenómenos, ni razón, ni sinrazón en la historia; porque

las diferencias y las semejanzas entre las cosas sólo son perceptibles cuando se sabe en qué consiste aquello en que difieren ó se asemejan; ó diciéndolo de otro modo, las relaciones sólo son perceptibles *en función* de su objeto y de su razón formal. Tal observador no verá, pues, sino una serie de hechos indiferentes qne no son ni el anverso ni el reverso del derecho. Nosotros, por nuestra parte, tampoco podremos asegurar lo que sean, por faltarnos la virtud abstractiva, que sería necesaria para ver cómo apreciaría las cosas nuestra inteligencia si funcionase de una manera anormal.

A la inducción y á la comparación debe, pues, preceder una intuición especulativa del derecho. En el terreno de la jurisprudencia, como en el de las demás disciplinas, el procedimiento cognoscitivo se inicia por una síntesis primitiva y espontá nea, que se parte y ramifica y diferencia por la experiencia, la reflexión y el análisis, y acaba formando la síntesis refleja de la deducción.

La historia del proceso fenoménico é inventivo es un acto puramente analítico que se ejerce sobre una síntesis científica preexistente. Para describir las fases evolutivas de una cosa, es preciso poseer de antemano el concepto del ser de esa cosa, ó sea, de su forma definida y evoluble y de su configuración estable y consolidada (1).

---

(1) Es ist vor *Allem* unumgänglich, dass der Entwicklungshistoriker das genaueste und deutlichste Verständniss von der reifen Gestalt besitze und bekunde, von welcher er

La filosofía especulativa del derecho tenía razón, pues. Nos lo demuestran los mismos empíricos de la jurisprudencia en cuya mente hay por anticipado, no ya una intuición ó presentimiento del derecho, sino todo un conjunto de conocimientos especulativos más ó menos desfigurados tomados precisamente de aquella filosofía. Sin ayuda de las dichas nociones, la experiencia no habría podido dar un paso. Cada hecho ó cada serie de hechos sólo á sí mismos se afirman, y el filósofo experimental no habría visto nunca la luz de la idea. La inducción está limitada siempre á un número dado de hechos, número que por mucho que se le multiplique, dista siempre *infinitamente* de la universalidad en que se comprenden todos los hechos posibles. Los mismos principios generales no estarían allí tampoco; el *allgemeine Rechtslehre* es generalidad que, viceversa, es particularidad.

Para evitar tales peligros queda el recurso, á falta de especulaciones propias, de apelar á las ajenas, y he aquí cómo la premisa principal del realismo y de la fenomenología es una premisa meta-

---

die Entwickelung verfolgt. Die Entwickelungsgeschichte ist stets und lediglich eine analytische Aufgabe. Scheinbar naives Aufsuchen der *Verbindungsstäcke* und glückliches Probiren, ob sie passen, ist ein ganz eitles Unterfangen. Die Entwickelunsgeschichte des Organismus setzt ein hohes Stadium der Anatomie voraus, das sie alsdann *erhöhen kann.* Aber die Entwickelungsgeschichte kann der descriptiven Anatomie nicht *voraufgeben.* Cohen: Kanf'e Theorie der Erfahrung Zw. Aufl. S. 7.

física. Esos declamadores de la experiencia y de la inducción son deductivistas en el fondo. La filosofía ha hallado algunas verdades por un procedimiento mixto de intuición de las relaciones ideales y de experiencia psicológica. Recházanlas ellos alegando los hechos experimentales, cuando no se valen de un tejido de raciocinios. Su método es analítico y regresivo; así que cuando reprueben ellos por deductiva á la vieja filosofía, podría ésta replicarles que ella, de las deducciones, junto á los defectos tenía también los méritos, mientras que á ellos sólo les quedan los defectos.



CAPÍTULO II

El criterio histórico evolutivo y el problema ontológico de la filosofía del Derecho

Ya se ha dicho que la manera en que concibe el empirismo el problema del ser del derecho equivale exactamente á la manera en que concibe el problema del conocer. Sosteniendo el empirismo que el único criterio de la cieneia es la experiencia, tiene que decir lógicamente que el objeto de la ciencia es tal como tiene que ser para que entre en los límites de la experiencia, y que, por lo tanto, no tiene otro ser el derecho que el mudable, contingente y fenoménico, ó diciéndolo más brevemente, que el suceder de los hechos. Como en tantos otros órdenes de cosas, en el derecho se ha venido desnaturalizando el criterio científico en el histórico, y consiguientemente el problema ontológico en el genésico. Del derecho, como de otros objetos, se estudia no ya la sustancia, sino la génesis; no ya la esencia, sino la evolución; no ya el *substratum*, sino el procedimiento; y no sólo se estudia lo uno y no lo otro, sino que se afirma como no existente la que no se estudia ó

se alardea de no estudiar, precisamente por negarle la existencia. Es el criterio *histórico evolutivo* que resume el genio científico del siglo y que es á la vez ciencia y filosofía. Si se quiere investigar su origen se irá á dar en el aspecto dogmático del fenomenismo kantiano, y todavía más lejos en la crítica lockiana, ó sea en la teoría de la incognoscibilidad de la sustancia. Suprimida verdadera mente la investigación de la sustancia, queda sólo el fenómeno sometido al *fieri*, á la contingencia, á la historia.

Si se prosiguiese este criterio en su forma lógica y coherente, no proporcionaría á sus secuaces un apoyo sólido. Tal como es, se halla viciado en su raíz, porque descansa en una inversión del problema filosófico, y porque confunde dos términos distintos: la ciencia y la historia. Los fenómenos particulares que registra la historia son inagotables é innumerables. La humanidad ha pedido siempre auxilio á las ideas para dominar la universalidad de los hechos posibles. Sin ellas no habría salido nunca de las tinieblas de la ignorancia. El objeto de la historia es lo individual, lo desnudo, lo escueto, lo que es en sí y no puede derivarse de otra cosa; aquéllo que sólo puede ser conocido por un acto de experiencia *ex professo* y discontinuo, ó que, por ser singular, se consuma en un solo acto mental, y se consuma en el acto mismo; lo que no tiene enlace con otra cosa y no puede ni subordinarse á ella ni subordinarla á sí, y que es incomunicable; aquello que da lugar, no

á un concepto, sino á una multitud de percepciones sueltas, siempre expuesto á la sorpresa de lo nuevo, de lo imprevisto, de lo azaroso.

El empirismo moderno llevado al extremo, ha estudiado, sin embargo, el modo de eludir la lógica de su criterio. En lugar de excluir la especulación, procede como si la admitiera, pero sometiéndola á las exigencias de su asunto; no niega la sustancia, pero la lleva al círculo de su sistema. Queda así objeto de la ciencia el ser; pero un ser que está ó se presume que está en lo contingente. Su intento no es, en el fondo, negativo, sino dialéctico. El *esse* de la filosofía moral y jurídica es precisamente el *fieri* de la evolución de la costumbre y de las instituciones jurídicas.

Esa serie de propiedades sustanciales, esa esencia específica de la naturaleza y de la conciencia humana, no son pues negadas ó suprimidas, sino meramente interpretadas de diferente modo. No son ya un *a priori* de la historia, un término que está fuera del proceso histórico y que hace posible ese proceso, sino que se representan como un *a posteriori primitivo*, como un producto de la experiencia colectiva y de la raza; un producto que se diversifica á su vez á causa de nuevas formaciones y de nuevos fenómenos, pero que es él mismo *ab initio* una formación y un fenómeno. Descartada la corriente heraclítea, los sectarios del criterio histórico evolutivo se creen autorizados para admitir propiedades específicas en la naturaleza ética humana, entendiendo que esas propiedades no son

un ser, sino un hecho que ha de acontecer, ó mejor dicho, ya acontecido; un *a priori* respecto de la existencia individual del hombre, que se encuentra en uno de los momentos derivados de la evolución, pero que es de cierto un *a posteriori* de la experiencia de las generaciones preexistentes. En la serie de los momentos evolutivos, cada uno de ellos es un *posterius* de la experiencia social transmitida por el momento anterior; sólo que esas experiencias se convierten en generadoras de otras poste riores, respecto á las cuales ellas son un término primitivo. La expericncia colectiva que domina á la división y á la defectividad de la experiencia individual, la costumbre (latamente entendida), la herencia que la transmite y la consolida, y la tradición histórica que reune los resultados, he aquí los elementos con cuya ayuda pretende el moderno empirismo vencer los escollos del antiguo; arrastrar el ser de la ciencia y de la filosofía al curso de los hechos contingentes, y evitar á un tiempo los ataques de esa lógica inexorable que lo obliga á empeñarse estérilmente en la absurda empresa de hacer lógica la historia é histórica la lógica; á formular y dogmatizar lo mudable, lo fugitivo, lo individual, y á arrojar al mismo tiempo en el rápido y resbaladizo cauce de los fenómenos transitorios, lo que es y está; lo eterno, lo inmutable, lo absoluto.

Pero ni aun con este contenido, más rico en valor ideal, que asume el criterio histórico evolutivo, puede ni remotamente sustraerse á aquella ló-

gica de sistema que *velis nolis* lo lleva al absurdo de invertir los términos del problema filosófico, y á confundir la ciencia con la historia, la sustancia con el fenómeno, las facultades y aptitudes connaturales con la experiencia y los hábitos adquiridos. Mientras en homenaje á la paradoja se reconozca la admisibilidad de un proceso al infinito, y rehaciendo la serie regresiva de la experiencia, se represente el primer término de la serie como una experiencia á su vez, el vicio radical del empirismo seguirá siendo sustancialmente el mismo. Mientras sea la raza una multitud de individuos que no puede dar un elemento nuevo que no esté contenido originariamente en cada uno de los individuos que la componen; mientras el hábito y la herencia sean fuerzas transmisivas y no creativas que presupongan un *quid* que se repita, ó se consolide, ó se transmita, seguirá como antes la contradicción implícita en la doctrina empírica. El empirismo aleja el problema, lo empuja hacia atrás en el curso de la historia, pero no lo resuelve. En la serie de las fases evolutivas pone siempre un *prius*, un término primitivo que, como él nos dice, no es un ser sino un suceder, no una sustancia, sino un fenómeno, no aptitud para experiencia, sino experiencia sin aptitud. Y en este término primitivo renace el problema que se creía resuelto: ¿es posible el suceder sin el ser? ¿es posible el fenómeno jurídico sin el ser jurídico?; sin una conciencia jurídica previa, sin una facultad connatural del derecho ¿es posible la experiencia jurídica? Si todo momento individual

de la evolución jurídica se deriva de una serie inferior preexistente, ¿no es preciso un *aliquid* que lo determine y lo distinga como tal del momento anterior?; y este *aliquid* ¿no es un ser que precede y hace posible el suceder? En la continuidad de los fenómenos debe, pues, existir el *infinitamente pequeño* de Leibnitz, que no era antes y es ahora, y que es la raíz, el *substratum* de lo que hay de nuevo en la relación de los términos sucesivos de la serie, ó sea lo que diferencia á los momentos aislados de la continuidad de ellos. Este infinitamente pequeño no puede ser producto de la primera experiencia, si ésta por la lógica de las cosas lo presupone. ¿Cómo, jamás, esa experiencia jurídica ó esa serie de experiencias imposibles para nosotros *ex novo*, y que sólo pode mos hacer según el criterio histórico evolutivo, porque la herencia y la tradición histórica han depositado en nuestras potencias psíquicas todo un contenido ideal que va continuamente aumentándose, como jamás esa experiencia jurídica, repito, hubiera sido posible sin poseer anteriormente una facultad connatural á aquellos hombres primitivos que, según los evolucionistas acababan de salir de la especie inferior de la animalidad? Porque, sin duda, prosiguiendo al revés el curso de la evolución jurídica, habremos de ir á dar siempre en un *absolutamente prius* que no es especie, sino individuo; que no es experiencia colectiva é histórica, sino experiencia individual escueta.

El criterio histórico evolutivo que por haber

reconocido la legitimidad del proceso al infinito, pone por término primitivo de la experiencia á la misma experiencia, y como causa de los efectos el efecto mismo ó la serie de ellos, debe recoger el fruto de su absurdo proceder y cargar con el peso de la contradicción de un término derivado que se postula como término primitivo.

La filosofía tradicional, la teoría *nativística* como la llama Jhering en son de burla, estaba, pues, en lo firme cuando admitía como subestrato primitivo y causal la naturaleza del hombre y no el proceso de la historia, la conciencia jurídica y no la experiencia edonística y utilitaria. El fenómeno de la evolución presupone el noumeno de la creación, lo mismo en la filosofía del derecho que en la cosmología; el suceder presupone el ser que sucede y que subsiste el mismo á través del suceder, y no obstante el suceder. Sin una conciencia jurídica dada, la experiencia jurídica no habría nacido, porque la facultad crea á la experiencia y no la experiencia á la facultad. Y ciertamente sin una conciencia jurídica universal connatural en cada miembro de la raza ó de la especie, el íntimo asentimiento á ciertas verdades jurídicas fundamentales comprobado por la misma observación serena de de los hechos, no habría nunca salido á luz. La experiencia, que procede á fuerza de experimentos, de enmiendas, de pruebas rudimentarias, inciertas, provisionales, y que siempre es distinta en un sujeto que en otro sujeto, en un caso que en otro caso, no puede haber podido determi-

nar, *por la contradicción que no se lo permite*, la universalidad y la unidad de la razón normativa y de la conciencia. Aunque se reduzcan esa unidad y esa universalidad á las simples proporciones de una función formal y vacía de contenido, no será nunca concebible como puede haber salido esa unidad de la forma de la conciencia moral del fondo de experiencias subjetivas sin un fondo común de aptitudes preexistentes. La antropología de la evolución puede haber demostrado que el contenido de la moral y de la justicia es distinto en unos pueblos que en otros y en unos tiempos que en otros; pero no puede demostrar que cambie de igual manera la forma. Reprueba, pues, indirectamente que la materia infinitamente diversa del derecho lleve en sí la impresión de una unidad constante de leyes y de funciones, que son á la conciencia moral de la humanidad lo que son al pensamiento las leyes y las funciones *a priori* de la inteligencia; y que si bien cambia el contenido del acto moral, es inmutable la razón formal, ó sea que las condiciones necesarias para el acto moral como tal acto moral, son concebidas inmutablemente y están moldeadas, por decirlo así, en la forma absoluta de un imperativo incondicional, de un deber. Descubre siempre el análisis hasta en la más elemental y sencilla de las instituciones jurídicas del *Natur-Völker*, el convencimiento de una ley extrasubjetiva que está fuera y sobre el arbitrio individual, y á la que es un deber prestar obediencia. La pretensión jurídica del salvaje contiene

un elemento espiritual que es condición común á todas las pretensiones jurídicas de todos los pueblos más cultos. Reconócese esa pretensión como ley impersonal, no sólo respecto á los sujetos presentes sobre los cuales se ejercita, sino además respecto á todos los otros sujetos que pueden encontrarse en las mismas condiciones que el primero, y por lo tanto, respecto al mismo sujeto pretensor, si llega á encontrarse en ellas. El motivo ético de la pretensión ó del mandato, ó sea el motivo de que se les reconozca como autorizados, y se considere como un deber el prestarles obediencia, es siempre la conformidad presunta de esa pretensión ó de ese mandato con una ley. Poco importa que esa conformidad presunta no sea conformidad real; siempre queda establecido que es condición necesaria del acto jurídico, condición universal y común á todos los pueblos de la tierra, la intuición del acto mismo bajo la razón formal de lo justo. Que esta propiedad ideal no exista tan netamente distinta y diferenciada en la conciencia moral del salvaje, importa todavía menos. El análisis es hija de la reflexión científica, mientras que la idea de lo bueno y de lo justo es una intuición sintética de la conciencia, estando muy lejos la falta de la una de probar la de la otra. Mediante el análisis, vemos múltiple y sucesivo lo que ante la Naturaleza es uno y simultáneo; confundir estos dos aspectos es convertir en hipostasis real un fenómeno de nuestra defectividad cognoscitiva.

Indudablemente, la unidad y la comunidad de

la simple razón formal de lo bueno y de lo justo, no basta para fundar una moral ni una filosofía del derecho. Una ética sin contenido es una lógica de lo bueno y de lo justo, no una nomología. Esa unidad de la conciencia se traduce en plena indiferencia, y la percepción de la razón formal de lo justo, en un mero momento psicológico. Pero si esta unidad formal de la conciencia moral es poca cosa respecto á las exigencias y funciones de la ética positiva (y por eso no nos conformamos con ella, sino que admitimos un contenido moral como el que dicta la filosofia teleológico cristiana, y bajo las reglas de la escuela de Max Müller, vemos en las tristes condiciones morales del Natur-Võlker, el producto de una perversión derivada), es mucho respecto á la crítica de la sociogénesis de la evolución. Declara ésta así estar abiertamente en contradicción, no sólo con la teleología moral, sino también con la crítica, más negativa y más despreocupada de la razón práctica. Como, por acaso, la incierta experiencia del sujeto *subhumano* pudo llegar á determinar la unidad de la razón y de la intuición formal de lo justo, ó sea, esa unidad, que es el residuo no eliminable de un análisis corrosiva de la moralidad humana, es un enigma que nunca podrá descifrar el criterio histórico evolutivo.

No menos infundada es la presunción de la *tabula rasa* en la sociogénesis que lo es en la ideología. Y en la primera es aún más insostenible que en la última; porque el derecho es una idea tan compleja, que hasta las escuelas filosóficas que po-

nen á la experiencia como término primero de la serie regresiva de los fenómenos de la inteligencia, han sentído la necesidad de concebir la idea y la vocación del derecho como connaturales en el hombre: como un *habitus* de la Naturaleza. El acto jurídico y el acto moral no hubieran nunca nacido si en la voluntad de los sujetos no hubiese una cierta disposición natural hacia lo bueno y lo justo, vocación á su vez que no existiría si no hubiese una intuición originaria de lo bueno y de lo justo. *Ignoti* (¿quién lo ignora?) *nulla cupido.* La voluntad no es por sí una ley, como quiere Kant pero tampoco es indiferente á cualquiera ley, como querría el plasticismo de los evolucionistas. No es autónoma frente á la Ley Suprema y al Supremo Legislador, pero lo es frente á lo demás. Quiero decir que en la voluntad humana hay una vocación primitiva por lo bueno y lo justo, independiente de la experiencia y de la historia. Y al decir esto no se traspasan los linderos de la filosofía, entrándose en los de la teología. La naturaleza humana sigue con todo eso, siendo el principio ontológico del principio cognoscitivo de lo bueno y de lo justo y del análisis de la consciencia. Nosotros somos los verdaderos positivistas, nosotros que nos apoyamos en la sólida base de la *physis*; pero de la *physis* no desfigurada por las preocupaciones materialistas. Reconstruyendo la serie regresiva de las causas, establece la filosofía una causa primera que mueve á la naturaleza sin ser movida por ella. Dispuesta á buscar el origen primero de todas las

cosas que existen en el tiempo, se ve obligada por la lógica á salir fuera del tiempo. El evolucionismo podrá burlarse de esta lógica, pero no rebatirla. La exclusión de un absolutamente *prius* es imposible. Tiene el positivismo ó que admitir tácitamente la presencia de lo sobrenatural, ó que volver, presentándola aparatosamente como nueva y perfeccionada, á aquella pobre teoría mitológica de la espontaneidad creadora de los hombres primitivos. Ese absolutamente *prius*, ese término primitivo de la experiencia, si no es una creación de lo sobrenatural, tiene que ser una *generatio æquivoca* de la naturaleza primitiva, una genialidad heroica, un *salto mortal* de los seres subhumanos.

Para hurtarse á los argumentos de la lógica, no tiene otro recurso el criterio histórico evolutivo, que acomodarse á ello, que aceptarlo deliberadamente, que sistematizarlo, abandonando por completo el problema de los orígenes, haciendo surgir la resolución de un problema insoluble de la imposibilidad reconocida de resolverlo. Esa exclusión del problema de los orígenes, como de cosa inconcebible en sí, se postula con la lógica de lo contingente. La continuidad evolutiva de los fenómenos del universo excluye por la lógica de las cosas toda noción de principio ó de fin (1). Estos dos tér-

(1) Dos Princip der Continuität verbot in der Reihe der Erscheinungen allen Unsprung. Kant. Kr. d. r. Vern. (Ed. di Hartenstein III S. 201). E lo ha ben clmpreso il v. Sorigny. «... zwischren Geschlechter und Zeitalter nur Futwicklung

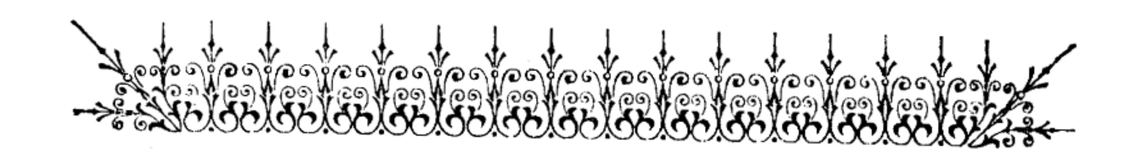
dos términos extremos representan la discontinuidad, el vacío, el salto por excelencia que llevan fuera de la evolución. La evolución es panteísta; es la eternidad transferida desde Dios al mundo; ahora no se olvide que la eternidad excluye tanto el origen como el fin. Los evolucionistas modernos han comprendido mal el alcance del criterio evolutivo, porque les ha faltado aquella penetración metafísica que se lo hacía comprender tan claramente á Leibnitz, así que no obstante profesar la teoría de la evolución, siguen embrollando el problema de los orígenes. Lo que no quita que su doctrina se vea encerrada en los términos de este dilema: ó aceptar la lógica de la evolución y entonces dejar de ser positivistas y confesarse *animales metafísicos* de una especie un tanto diferente de sus adversarios, ó apartarse de esa lógica y caer en la contradicción entre un primitivo que es derivado y un posterior que es primitivo.

Ya hemos rebatido el segundo término de ese dilema: fáltanos que decir algo sobre el primero. Ante todo, no hay quien no crea que los positivistas, al aceptar la lógica del criterio evolutivo, se convierten en metafísicos. La experiencia se encierra en la condición del tiempo; la evolución, en cambio está fuera del tiempo; es la eternidad transferida del mundo de allá al mundo de acá, y en este mundo de acá, de la sustancia al fenómeno.

---

aber nich absolutes Ende und absoluter Anfang gedacht werden kann». Vom Beruf unserer Zeit u. s. w. III Aufl. S. 113.

Confiese, pues, el positivismo que el criterio histórico evolutivo es un criterio supraempírico; un criterio que no suprime la metafísica, sino que fabrica por su cuenta una metafísica; que no elimina lo sobrenatural, sino que convierte lo natural en sobrenatural. Confiese también que cuando nos promete darnos el origen y el proceso fenoménico de las cosas, asume un empeño que no puede cumplir en modo alguno. El criterio de la experiencia y de la historia rigurosamente considerado, nos da términos diversos é inconexos, pero no el vínculo entre ellos; los hechos acaecidos, pero no la ley de su acaecimiento. Lo continuo se escapa á la historia; ésta sólo nos da una multitud de vacíos y de discretos, en los cuales la mente humana reconoce un orden que lleva la impresión de la metafísica que hay en ella, ó sea, de aquella suma de conceptos que tiene ya ella acerca de la naturaleza de los seres sometidos á la contingencia histórica. Y he aquí como el realismo jurídico, la filosofía del derecho genésica y fenomenológica, cumple menos que nunca su programa: no sólo ignora el ser de los fenómenos jurídicos, sino también el acontecer de ellos. Residuo positivo de la crítica, empuja á la filosofía y al escepticismo puro al terreno del de-derecho; un escepticismo más dogmático que aquella filosofía, que no satisface ni al criterio filosófico ni á la experiencia.



CAPITULO III

El positivismo jurídico y el problema ético de la filosofía del derecho.—El derecho natural

El derecho no es solo una idea y una sustancia, sino también y sobre todo una norma. Es una *idea* humana y por lo tanto no idea quiescente sino fuerza. No solo anticipa el ser sino que dicta el deber ser. Es una idea imperativa por excelencia y precisamente por eso repito que es fuerza: fuerza ideal y virtud moral se entiende y no coerción fisiológica ó psicológica.

La filosofía que se inspiraba en este soberano criterio, reconocía en correlación con el derecho positivo, un derecho ideal. Este era para ella una ley y aquel otro un hecho; hecho que deriva su valor de su relación con aquella ley; de ser una forma de ejecución, de individualización de ella. Ese hecho podía acomodarse, si no en todo, en parte, á aquella ley, pero no se igualaba necesariamente con ella, apreciándose en todo caso su valor por lo que se aproximase á sus dictados y mandamientos. Quitando al derecho positivo ese parcial conteni-

do ideal que lleva dentro de sí, quitándole aquello que lo hace ser no solo positivo sino derecho, no queda de él á los ojos de la filosofía sino el hecho brutal, indiferente, privado de significación. Había así para la filosofía un doble procedimiento: el derecho natural conducía al positivo por necesidad de su ejecución empírica y el derecho positivo retornaba al natural por necesidad de un *titulus juris* y de un subestrato racional. Un término no era igual al otro, pero estaba en relación con el otro. Eran dos *correlata*, no dos contrarios. El no ser ambos iguales legitimaba la razón de ser del uno y del otro á un tiempo, y por tener algo de iguales, el uno no negaba, no contradecía absolutamente al otro. Lo ideal no era del todo inaccesible á lo real, y por eso mismo no era intrínsecamente defectivo y erróneo; lo real no era enteramente contrario á lo ideal ni, por tanto, absolutamente injusto y condenable. Esta relación que existía entre los dos términos, hacía que el uno contribuyese á dar autoridad al otro. El derecho positivo sacaba del derecho natural su valor imperativo siendo de él una variedad fenómenica,y el derecho natural deducía del positivo la posibilidad de transferirse, de individualizarse en los límites de lo relativo y lo condicional en la historia. Así la filosofía estaba tanto más cercana á la dialéctica sapiente de la vida cuanto más lejana de la dialéctica caprichosa de la lógica; y como en el orden de las ideas, ocupaba la línea media entre el organismo y el pesimismo, así, en el orden de los hechos, señalaba la que se-

para al *humor* conservativo del *humor* revolucionario.

El positivismo se manifiesta también aquí, aquí sobre todo, adversario decidido de la filosofía. Así como defiende en el orden teórico la exclusión sistemática del *a priori* y hace la apoteosis de la experiencia *ut sic*, así en el orden práctico dogmatiza la exclusión de la norma del deber y hace la apoteosis del hecho. Y es justo. La experiencia le enseña el ser ó el haber sido, no el deber ser; la historia no le dá sino hechos ó, á lo sumo, leyes empíricas de hechos; la evolución le da una ley de causalidad natural que es la negación completa de la ley moral; ninguno de los criterios en que se inspira le sugiere la noción del deber.

Todavía, y á pesar de que la necesidad moral es una relación que es más fácil excluir tacitamente por exigencia de sistema que negar con razones, y á pesar de estar el positivismo moderno lo bastante refinado para lisonjearse de poder prescindir de las relaciones ideales de la metafísica (bien que no lo esté lo suficiente para persuadirse de la verdad de ellas), está muy distante de conformarse con el mero hecho del derecho positivo, y no resiste á la tentación de interpretar ese hecho *en función* de una ley que le confiere *a priori* valor ideal y absoluto. Es derecho lo que imponen los poderes coactivos, y es derecho por ser impuesto; pero si esta autoridad jurídica coincide con el mismo hecho del mandamiento, no coincide todavía con el hecho del mandamiento *actual*, y es consecuencia y

expresión de una virtud presupuesta en el hecho del mandamiento *habitual*, del mandamiento como mandamiento. El principio—*est jus quia jussum est*—es la fórmula del positivismo, y lo hemos visto establecido implícitamente y por razón de contraste por Jhering y Dahn, profesado expresamente por Lasson y Kirchmann, é idealizado en homenaje al *psiquismo* por Bierling.

Esa fórmula, como positiva, implica un sobreentendido racional, que es el siguiente: el hecho del mandamiento es justamente el manantial del derecho, ó de otro modo, la esencia del derecho consiste en el mandamiento.

El positivismo tiene también por lo tanto, su norma: la actitud que asume frente al hecho no es puramente pasiva, ó si lo es, lo es ó piensa que lo es consciente y racionalmente. No es preciso hacer un minucioso análisis para ver cual y cuanta confirmación indirecta (confirmación formal se entiende) aporta esta máxima del positivismo á la metafísica del derecho natural. El objeto racional del derecho natural no está propiamente excluído, sino aplicado de otro modo qne antes, y revestido de otro carácter. Es una materia nueva que se contrapone al contenido antiguo de ese derecho, pero no una forma nueva. La filosofia tenía por criterio cognoscitivo del derecho natural la razón indagadora de los fines del universo y de la naturaleza moral del hombre; el positivismo tiene por criterio la experiencia inmediata de los preceptos del poder positivo. La filosofía tenía por principio

ontológico del derecho el orden moral de la misma naturaleza del hombre y de los mismos fines de las cosas, mientras que el positivismo tiene el hecho mismo de la coerción potestativa como tal; en aquella como en éste las disposiciones positivas son un hecho cuyo valor es el que le confiera la relación verdadera ó presunta de conformidad entre él y una ley ó máxima dada. Varía solo el concepto de la máxima ó de la ley; concepto que en la filosofía es sintético, mientras que en el positivismo es analítico, porque en aquella está toma do de fuera del hecho, y en éste está extraído del hecho mismo de los disposiciones positivas ó, lo que es lo mismo, preimplicado, con dialéctica *a priori*, en el fondo de ese hecho.

Y en que la máxima del positivismo se traduce en un análisis huera, en una petición de principio, no hay duda alguna, La fuerza coactiva del mando es criterio del derecho solo porque se ha preconcebido el derecho como fuerza y fuerza fisiológica; solo porque la noción de una potencia espiritual del derecho como derecho, ó sea, como norma de razón, se ha excluido anticipadamente como noción que se sale de la experiencia; solo porque se ha previamente establecido ó postulado el principio de que la fuerza que nosotros entendemos *moral* de los imperativos jurídicos, no se diferencia de la ejecución material y del éxito del hecho; solo porque se ha establecido antecedentemente que la conducta del hombre no puede ser determinada sino por motivos empíricos y psícológicos de la

sanción positiva; solo porque se ha presupuesto que el derecho no es una idea sino un hecho, y que la falta de ejecucion del derecho es siempre y en todos los casos falta de contenido y de virtud imperativa en el derecho mismo. Y verdaderamente, si la coincidencia de la fuerza ética con la fuerza física, del derecho con el hecho, no fuese un presupuesto, ¿dónde y como podría el positivista demostrarla? ¿con la experiencia? pero la experiencia le da el hecho desnudo y escueto, la pura y simple fuerza física, no diciéndole le experiencia, ni pudiendo decirle, hasta que punto son el uno y la otra derecho ó fuerza moral. Ni tampoco le presta la historia sus sufragios, pues aunque pueda probar concluyentemente la presencia ó falta de ejecución de hecho del derecho, no la presencia ó falta de la necesidad de tal ejecución. El positivismo tiene por la fuerza de las cosas que ir á parar al razonamiento para demostrar su tesis; solo que precisamente es el razonamiento quien denuncia su ilegitimidad, porque si el derecho positivo y el natural son términos simplemente correlativos, el hecho y el derecho, la fuerza bruta y la fuerza moral son términos directamente contradictorios entre los cuales no hay presunción de acuerdo ó de coincidencia que pueda sostenerse.

Trasladando la cuestión á otro terreno, conviene que se advierta que para tachar de esterilidad á la idea y al derecho y para proclamar como única fuerza viva de las cosas el poder coactivo y mate-

rial, (y el convencimiento arraigado de esa esterilidad es el motivo psicológico que induce al positivismo al culto del poder coactivo), es preciso haber olvidado ó no haber sabido ó comprendido nunca hasta que punto la fuerza espiritual de ciertas ideas universales, de ciertas exigencias morales, de ciertos cánones jurídicos han sido superior en el curso de la historia á la fuerza material de los poderes dominantes, y cuantos triunfos sobre la tenacidad de resistencia de los hechos obtuvo siempre la fuerza ideal del derecho, confirmación de los hechos que la filosofía acepta y opone á sus adversarios, sin ligar por otra parte su suerte á la de los hechos porque, (conviene repetirlo), la fuerza ideal, la virtud imperativa del derecho es para ella independiente del éxito del hecho ó de la observancia de los sujetos. El deber es deber, cúmplase ó no, y la violación es un mero hecho que obra aunque la idea no pase á ser hecho, pero no si la idea cesa de ser idea. Doquiera se inspira el positivismo en esta confusión entre idea y hecho, y hace de ella un un sistema. Su tema es el siguiente la idea no es idea porque no es un hecho; ó de otro modo: la idea no existe como idea porque no existe como hecho; paradoja que no puede legitimarse sino mediante un sobrentendido no menos paradójico: la idea no existe como idea sino en cuanto no es ya idea.

Sí, pues, no tiene éxito el intento de conferir *a priori* á la mera fuerza material valor y contenido ideal, pierde también esta fuerza la apariencia de

legitimidad de que se lisonjeaba el positivismo. La lógica de las cosas echa por tierra aquella pretendida dialectica del derecho con la fuerza, quitando á esta el disfraz de espiritualidad con que venía encubriéndose. Plantéaseles entonces á los positivistas un dilema sin salida: ó reconocer la legitimidad de la noción del deber, y por lo tanto, reentrar en los términos de la filosofía del derecho natural, ó confesar paladina y abiertamente la inmoralidad de la fuerza (1) no habiendo entre ambos términos ningún otro que pueda sostenerse. La contradicción entre la *physis* y el *nomos*, entre la necesidad física y la necesidad moral es irreductible; quien no quiera asentir á la lógica de la segunda no puede sin incurrir en gran incoherencia filosófica renunciar á la lógica de la primera. Y cuando se confiese abiertamente que el título en que exclusivamente se funda la legitimidad del derecho histórico y positivo es la fuerza material de los poderes gobernantes, entonces nada tendremos que oponer y habremos de darnos por vencidos. El problema entonces no será ya discutible ni resoluble, porque fal-

(1) Ist das Recht nur Recht, unterschieden von Willkühr und Gewalt, wenn und soweit es eine den Willen *verpflichtende* Kraft in sich trägt, so stellt sich jeder, der von Recht spricht und weiss wass er sagt, auf dem *ethischen Standpunkt*, auf dem Boden des *Seinsollenden*. Alle naturalistischen und materialistischen Doctrinen können daher nur durch Inconsequenz, durch Urklarheit und Confusion oder durch sophistische Erschleichungen vor der Identificirung von Recht und Gewalt sich schiitzen—*Ulrici*—Naturrecht S. 219.

tará ese consentimiento en un *prius* de la investigación que es indispensable en cualquier polémica. El positivismo podrá con buen derecho jactarse de gozar del privilegio común á todas las formas de escepticismo absoluto, á todos los sistemas negativos, á todas las demoliciones doctrinales de la verdad y de la naturaleza; del privilegio de hallarse fuera del alcance de la crítica, por estar fuera también de la conciencia humana.

Pero no todos están acordes en esta lógica del sistema que casi todos ignoran, siendo quizás esa misma ignorancia el motivo de su tenacidad. Usurpan esos indeliberadamente las exigencias, y también en alguna parte las soluciones del derecho natural, satisfechos de que una materia extrínseca les ahorre el trabajo y la molestia de ensayar á fondo la insostenibilidad de su tesis originaria. Por lo demás, este apoteosis del derecho del hecho, y de la fuerza, no es la prosecución de un propósito meditado y rigurosamente positivo, sino de una exigencia completamente negativa que domina á nuestros positivistas. El exclusivismo que ponen en el derecho positivo es la consecuencia de la exclusión que antes han hecho de algunas formas históricas del derecho natural, formas históricas que toman en serio por la sustancia misma de ese derecho natural, en homenaje é ese viejo expediente sofístico que confunde á la ciencia con sus cultivadores, á la idea con la aplicación, al uso con el abuso, á la realidad objetiva con la percepción subjetiva. Y de los sistemas ó de las concep-

ciones individuales ó colectivas del derecho natural, las hay semejantes y diversas por naturaleza; por lo que la empresa de introducir los propios criterios positivistas entre una y otra críticas de tal ó cual sistema rebajado del derecho natural, parece prometer numerosos éxitos. Pero al primer análisis á que se someta (y hablo de un análisis elementalísima y superficial) ese término de tan múltiples sentidos como el *derecho natural*, los éxitos del positivismo, como de todo lo que se funda en un equívoco, se desvanecen en un instante.

Hay ante todo una forma de derecho natural que, aunque se informe en aquello que hay de universal en la naturaleza humana y en la premisa del estado natural, tiene con todo tendencias y caracteres originariamente empíricos, y se presenta, no ya como una doctrina creadora de derechos ó de exigencias morales en oposición al derecho positivo, sino más bien como una simple abstracción y elaboración conceptual del derecho histórico vigente, escuela que estuvo en boga desde el siglo XVII á la segunda mitad del XVIII. (1) Ha habido después otra forma de derecho natural, la que por una errónea terminología se llama derecho natural (*Naturrecht*) por antonomasía, y es el derecho natural del *Anfklärung* y de la razón, cuya historia es bastante más conocida, quizás, que su carácter y su verdadera índole, que es racionalista

(1) Este punto ha sido ilustrado discretamente por Bergbohm—Jurisprudez u Bechtsphilosophie I. S. 160—168.

en el método, subjetivista en el criterio, antihistórica en las exigencias, humanitaria en el contenido; escuela en que el derecho no es ya abstracción ó generalización de la experiencia histórica, sino un *logo* de la razón creadora, en el que el estado natural es (por lo menos en cuanto de mejor tiene) menos una premisa de hecho histórico, que una hipótesis racional postulada para legitimar una serie dada de obligaciones jurídicas, ó la posibilidad misma de una obligación jurídica; que tiene en su activo y en su pasivo á un mismo tiempo la doctrina (figurada de un modo particular) de los *derechos del hombre* y la gran revolución. Hay además el derecho natural de la filosofía perenne; que no es forma, sino sustancia de la forma; que es anterior en el orden del tiempo, tanto al *Naturrecht* empírico como al *Naturrecht* racionalista, y que no es el uno ni el otro por más que ambos en lo que mejor tienen se le aproximen; que emerge de la profundidad de la conciencia humana en cualquier lugar y en cualquier tiempo, y que promovió la especulación de la cultura griega y de la cultura moderna; que no es patrimonio de esta ó de aquella filosofía personal, sino de la tradición histórica é impersonal de la filosofia; que no es contrario sistemáticamente al criterio histórico, pero que tampoco lo es al criterio especulativo; que no admite á la razón como virtud creadora de las cosas, pero sí como sólida potencia cognoscitiva de las relaciones ideales y de las normas imperativas; que supera al subjetivismo abso-

luto del *Aufklärung*, pero no saca de él argumentos para renegar de las exigencias objetivas de la conciencia humana como tal; que está iluminado por una concepción teleológica del universo y de la vida, pero que no por eso profana su finalismo en las aberraciones del panteísmo optimista y del pietismo histórico; que se representa los derechos del hombre circunscritos por la función correspectiva del deber, pero no desconoce la sustancia y el valor imperativo de los derechos pertenecientes al hombre como tal, reivindicando y consagrando siempre esos derechos.

Este derecho natural es el que en nombre de la filosofía se opone hoy al positivismo; porque en él consiste el subestrato permanente de las formas históricas particulares; y este derecho natural está tan lejos de ser maltratado por la crítica que oponen los positivistas á tal ó cual forma en que este ó aquel filósofo, ó esta ó aquella escuela filosófica lo han concebido, que alguna de esas críticas podría apropiárselo sin perjuicio de su contenido sustancial. Y he dicho de todo propósito que alguna, porque la mayor parte de esas críticas son completamente infundadas. Aquéllas, especialmente, que se dirijan al derecho natural racionalista, ó sea al *derecho natural*, son tan arbitrarias y al mismo tiempo tan presuntuosas, que urge la necesidad de rebatirlas en nombre de la sana y serena filosofía. Por lo pronto, en la lucha de las doctrinas, no se ha hecho aún plena justicia á aquel derecho natural, cuyos sólidos fundamentos no bas-

tan á quebrantar los innegables errores de que adolece, aunque estén siempre ampliamente compensados. Desde los adversarios que lo entienden á medias ó lo juzgan con criterios unilaterales, hasta los amigos (entre los que cuento á Spencer en *The man versus the state* ó en la *Justice)* que se apropian de él lo que tiene de menos bueno, todos compiten en oscurecerlo, empequeñecerlo y desfigurarlo, en lo que no poca parte toca á Stahl por haber querido, valiéndose de su poderosa dialéctica, extraer de la sustancia del derecho natural las notas y categorías aplicables á su panlogismo hegeliano, que se traduce á su vez en un sistema intrínsecamente realista y positivista (1).

Está también en moda, por ejemplo, tildarlo por sus abstracciones conceptuales, abusando del doble sentido de la palabra *abstracción*, sin pensar que representa precisamente lo contrario de todas las abstracciones conceptuales de la realidad empírica, diferenciándose justamente en eso de ese derecho natural que inmediatamente le precede. La abstracción no es de ninguna manera un procedimiento trascendental y sobreempírico como se cree comunmente; es más bien una de las etapas del proceso inductivo. La abstracción es propia-

(1) Así parece reconocerlo él mismo en aquel pasaje (Geschichte der Rechts philosophie S. 161-162) en que aclara el aspecto empírico del *Naturrecht* declarando abiertamente que solo puede decirse con Hegel «der ununterbrochene Faden logischer Forderung durchgeführt».

mente un proceso de simplificación lógica de los datos empíricos, no un criterio cognoscitivo que trascienda á esos mismos datos. Emplear la palabra «abstracción» en el sentido de una «intuición» supraempírica, es absurdo; siendo preciso para ello haber olvidado tanto la etimología del vocablo (*ab*-strahere), como el análisis del proceso cognoscitivo.

La abstracción es el camino por donde se llega al universal lógico; universal lógico que es el único esfuerzo cogitativo que pueda permitirse el inductivismo y el empirismo. Si, pues, abstracción sólo eso significa, no es difícil ver cuán arbitraria es la censura dirigida al derecho natural. La razón del *Naturrecht* tiene tan poco de razón abstracta de una serie de concretos preconocidos, como de creación, de conocimiento *ex novo* é intuitivo. El derecho natural es en el fondo *ontológico*, teniendo por criterio la intuición creadora de la razón, más que la experiencia de lo real, que el análisis, que la reflexión, que la abstracción.

El *genus proximum* del hombre, ó sea del sujeto de los derechos connaturados, es ahí menos un residuo de la abstracción de las diferencias específicas, ó lo que es lo mismo, de las variedades contingibles é históricas, que una especulación *a priori* y sobreempírica de la universalidad real de la naturaleza humana. Y digo que es tal en su exigencia y en su interés filosófico, sin juzgar en manera alguna si esa exigencia ó ese interés han sido siempre y coherentemente satisfechos. Y es preci-

samente de ser la intuición, el *Anschauung*, su proceso y su criterio, de lo que se deriva su virtualidad, y hasta diría su impulsividad ética. La abstracción es puramente lógica; es negación esplícita de la vida, de la fuerza, de la actividad, del *ethos*. Carácter del derecho natural es, en cambio, la potencia activa, la fuerza sugestiva de reformas y creadora de modificaciones y cambios; producto inmediato suyo es esa obsesión espiritual que padece la humanidad y que la lleva en un salto de la concepción á la acción, de lo ideal á lo real, de la naturaleza á la historia; verdadero salto en las tinieblas, como lo fué la revolución. Hay, sí, también abstracción conceptual en el derecho natural; pero esta abstracción, más que producto de una exigencia supraempírica como creen los más, es más bien la consecuencia natural de aquella infiltración empírica que se le ha ido introduciendo cuando sus cultivadores, no contentos con haber enunciado una serie de principios y de haberlos especulado *a priori*, lo que metódicamente hablando es perfectamente lícito, quisieron dar un paso adelante construyendo por medio de un análisis conceptal de aquellos principios, la serie de los aspectos concretos de la vida jurídica. Para tal construcción lógica no han encontrado mejor procedimiento que la abstracción, ó sea la simplificación lógica de los concretos obtenidos por la experiencia. La intuición no podía servir para el caso, porque es propio de ella valerse de las relaciones ideales y de lo universal de las co-

sas, ó más brevemente, de las ideas, no de los concretos ó de los fenómenos. Ellos, pues, obligados por una exigencia empírica, han ido á dar en la abstracción, y del mundo real y de las condiciones sociales y económico-políticas de su tiempo, han extraído todo un contenido histórico y particular, el cual han aplicado á la humanidad entera, pervirtiendo así en universal lógico lo universal real, y en *indiferencia* dialéctica la unidad de la naturaleza humana. Aquí es donde la ética de Stahl y de los otros acerbos impugnadores ha dado sin duda en el hito, pero no porque haya caído el derecho natural en las especulaciones *a priori* de la razón, sino porque ha caído en el circuito del análisis y del empirismo, ó si se quiere atribuir por un momento á la abstracción el sentido que nuestros adversarios le confieren, no por sobra de *abstracción*, sino por falta de ella. La naturaleza traza las líneas fundamentales; los pormenores de la ejecución se los deja á la historia y á la voluntad positiva. El verdadero derecho natural nos da una serie de criterios ó principios del derecho que son, sí, un derecho, pero un derecho ideal y potencial. Esos criterios ó principios son un prerequisito del derecho fenoménico, pero no son todavía, propiamente hablando, un derecho fenoménico dado de propósito, derecho que es la resultante compleja de condiciones empíricas en que se individualizan, pero no se consuman aquellos principios y criterios (1).

---

(1) Este principio ha sido eficazmente aclarado, no, sin

La exigencia empírica que desfigura el derecho natural, consiste precisamente en sacarlo de su terreno; en posponer lo que debiera ser una especulación del derecho natural á esa serie de condiciones que se anteponen al conocimiento del derecho fenoménico al transferir á la noción de aquel primero las notas pertinentes á la noción del último; tratándose así al presunto derecho natural como una parte del fenoménico.

Ha faltado á esos la potencia, ó quizás mejor, la tenacidad de tensión intelectiva necesaria para comprender que el derecho natural debe ante todo permanecer derecho natural, y que el juicio sobre su existencia no debe posponerse á la regla ó al criterio moderador de los juicios sobre la existencia del derecho positivo. Son aquí también, culpables por consiguiente, no ya por exceso, sino por defecto de derecho natural; siendo el positivis-

---

embargo, sin algo de formalismo por A. Fenerbach «... Das Rechtsgesetz, obgleich durch sich selbst *allgemeingültig*, kann dennoch als blosses *Vernunftgesetz* nicht allgemeingeltend werden. Soll es wirkiióh herrschen... so muss dieses Rechtsgesetz aus dem Reiche der Vernunft in das Reich der Erfahrung, aus der intelligiblen Welt in die Welt der Sinne hinübergetragen... werden... In dem Gesetze des Rechts erkenne ich noch nicht die Rechte selbst, in ihm habe ich nur das *Peincip* und das *Kriterium* ihrer Erkenntniss; die Frage; worin besteht das rechtliche uberhaupt; nicht aber die Frage; was Rechtens sei unter dieser oder jener Bedingunu, in diesem oder jenem Verhältnisse...» Ueber Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zu positiven Rechtswissenschaft—Landshut 1804: p: 16 e segg.

ta quien menos derecho tiene á censurar ese defecto.

A los principios del derecho natural se les podría con buena razón aplicar aquella censura de Aristóteles á las *ideas* de Platón, de ser ellos—esos principios—hipostasis intelectivas de la realidad fenoménica individual. De aquí el aspecto malsano del derecho natural; la realidad de la historia desfigurada en un falso *esquematismo* lógico; aquello que habría debido ser histórico relativo accidental, refundido en una forma lógica universal y representado como eterno, absoluto, inmutable; la historia, en suma, negada como historia y confirmada como especulación lógica. Así ese subjetivismo que era la realidad de hecho del tiempo del *Aufklärung* se presenta como naturaleza del hombre en todos los tiempos; á la propiedad y al contrato se les atribuye aquel contenido rígidamente individualista que convenía á las miras secretas del sistema económico que se venía consolidando en aquel ambiente histórico, del sistema capitalista (1); la noción de los derechos connaturados alterada y desfigurada por la mezcla desatinada de elementos positivos y de pretensiones y atribuciones adquiridas.

Se le atribuye, además, erradamente la noción del *estado de naturaleza*. Pero si el suponer un estado primitivo de la humanidad regido por una

---

(1) Cf. nuestra obra «La terra nell'odierna economia capitalistica (Roma, 1893) p. 64-69.

ley espontánea de la naturaleza, y no por una ley ó por un sistema de leyes humanas positivas, si atribuir á ese estado de naturaleza rigor de hecho histórico, puede ser y es un abuso de la mitología, admitirlo en cambio como hipótesis filosófica, es, sin duda, procedimiento rigurosamente científico y quizás hasta metódicamente necesario. Todo pensador que quiera diferenciar medianamente el contenido de la vida social, que quiera separar lo que es permanente, el *substratum*, de lo que es transitorio, el fenómeno; que quiera discernir claramente lo que en una asociación dada de personas pertenece á la naturaleza originaria de cada uno de los miembros de ella, de lo que se ha venido sobreponiendo por la recíproca influencia de los miembros entre sí y por todo el tejido de la acción social, todo pensador, repito, que quiera hacer esas distinciones tiene que suponer el estado de naturaleza y contraponerle el estado social subsiguiente, y tiene que distinguir claramente al hombre de la naturaleza, del de la historia. Es supérfluo recordar aquí á Spencer, que ha rendido homenaje á esta abstracción del hombre de la naturaleza del hombre de la historia (que para él, naturalista riguroso, se convierte en una abstracción de la unidad biológica de la unidad social), no sólo en sus últimas obras, en las que restaura expresamente el derecho natural, sino en las anteriores que marcan el *climax* de su pensamiento filosófico. También el convencimiento de la legitimidad de una contraposición entre la unidad biológica y la unidad histórica, ó lo

que es lo mismo para nosotros, de la legitimidad de una hipótesis del estado de naturaleza, es quizás el anillo de conjunción de su novísimo derecho natural con su sociología, y en general, con toda su filosofía sintética, el complemento de la una y de la otra. Recuerdo también á un ilustre positivista—Kirchmann—que ha reconocido explícitamente la necesidad de que las ciencias morales, privadas como están del subsidio del experimento, pidan ayuda á las hipótesis científicas para suplir esa falta, y entre esas hipótesis reivindica de deliberado propósito la del estado de naturaleza (*). No es, pues, el uso de esta hipótesis lo que se reprueba al derecho natural, sino el abuso, ó sea, no la hipótesis como hipótesis, sino la manera particular en que se la emplea.

(*) *Es...* ist die Wissenschaft der Sittlichen genöthigt, nicht bloss auf die sittlichen Zustände der rohen und ältesten Völker mit besonderer Sorfalt einzugehen, sondern sie muss noch hinter die ältesten geschichtlichen Zustände zurückgehen und durch Hypothesen die einfachsten Zustände zu ermitteln suchen. Diese Hypothesen können in ein phantastisches und für die Wissenschaft nutzloses Spiel ausarten; allein mit Vorsicht geübt, ersetzen sie das Hülfsmittel der Experimente in der Naturwissenschaft und sind nicht zu entbehren. ***Daher erklärt es sich, dass schon Aristoteles und später die Begründer des Naturrechts mit Urzuständen des Menschen beginnen, welche über die Geschichte hinausreichen.*** Der oft dagegen erhobene Tadel trifft nicht das Verfahren an sich, sondern nur den damit getriebenen Missbrauch. Es kann desshalb auch hier dieses Mittel nicht unbenutzt bleiben: aber die Vorsicht gebietet, es auf das Nothwendige und Gewissere zu beschränken.—Grudbegriffe S. 119.

En cuanto á esa otra noción del *contrato social* que es la que más se reprueba al derecho natural (y con razón, teniendo en cuenta sus consecuencias lógicas) ya se ha advertido que entre los más notables cultivadores de ese derecho (y cuento á Kant entre ellos), el contrato social no es un hecho histórico, sino una hipótesis racional empleada, mas para legitimar el orden jurídico de las relaciones humanas que para combatirlo y quebrantarlo. La teoría del contrato social es la resultante de dos factores: del sobreentendido y presupuesto contratual según el cual la única fuente legítima de obligaciones autorizadas es el consentimiento del mismo obligado, y de la exigencia que animaba á los cultivadores del derecho natural de legitimar el vínculo ó la serie de los vínculos sociales, aun aquellos que no permitían sospechar ó suponer la presencia de un consentimiento preexistente. El contrato social es ese más allá de la experiencia actual, ese absolutamente *prius* de la historia que suple el defecto del consentimiento *actual*, alegando una especie de consentimiento *habitual*; un *Anerkennung* como diría Bierling, una *máxima* del asentimiento. El contrato social expresa, pues, la dialéctica que el pensamiento de los tratadistas del derecho natural había intentado entre la premisa lógica del contratualismo y las exigencias de la conservación social; entre la invinculabilidad absoluta de la libertad natural postulada como principio, y el conjunto de los vínculos sociales reconocidos como hecho. Lo que se debe al hecho re-

conocido por sí mismo Stahl de que aquellos tratadistas si por la lógica, y hasta por ser consecuentes con sus principios eran y debieran haber sido revolucionarios, en el fondo de su pensamiento y de sus tendencias, eran conservadores, y sin duda ingénuos conservadores (*). Que se les quiera hacer precisamente un cargo de no haber comprendido que el verdadero estado natural del hombre es el estado social y que no se necesita de ninguna hipótesis racional, cualquiera que sea, para legitimar vínculos sociales que se legitiman por sí mismos, créase al menos que el error innegable del derecho natural se debe en gran parte á la dificultad de discernir los vínculos sociales que están verdaderamente conformes con las leyes de la naturaleza humana de los que no lo están. El error de aquellos podría decir que es en parte un error de las cosas.

(*) Das Naturrecht... ist nachgiebig, wo es die Wirklichkeit gegen sich hat, es lässt sich jeden Zustand gefallen und sucht ihn durch Unterlegung einer stillschweigenden Einwilligung zu rechtfertigen, um sein theoretisches Interesse zu befriedigen: die Revolution, dagegen, will die Macht der Wirklichkeit brechen, sie vernichtet jede Einrichtung, die nicht aus ihren reinen Vernunftbegriffen folgt. Eines erdichtet für jede Verfassung, die Menschen hätten sie gewollt damit es sie als frei denken könne, diese duldet keine Verfassung, die sie nicht gewollt, damit sie wirklich frei seyen.—Gesch. d. R. phil. S. 290.

Esta antítesis entre el derecho natural y la revolución la explica Stahl por otra causa que nosotros; pero es indiferente para el caso, siendo lo importante que esa antítesis haya sido reconocida por su profundo ingenio.

Nada más natural en el hombre que el estado social ,y sin embargo nada al mismo tiempo más violento para él que ese estado (antítesis que advierte Manzoni en no recuerdo cual de sus obras), porque el estado social, al lado de una serie de obligaciones perfectamente legítimas, porque son perfectamente naturales, lleva en sí no obstante (es su parte flaca como la tiene todo lo de este mundo), un cúmulo de coerciones arbitrarias, jacobinas, irracionales, que contrarían, encadenan y desfiguran á la naturaleza. Después de esto, ¿cómo podemos sorprendernos de que tome el derecho natural solamente ese segundo aspecto de las cosas y que no tenga para nada en cuenta el primero, de modo que se tenga por un deber el legitimar lo que á primera vista no parecía legítimo, y de construir con la voluntad lo que no da de por sí la naturaleza? En los fenómenos de este mundo, que no cumple en sí la perfección ni el ideal, siendo solamente un reflejo de la perfección del de más allá, ¡hay tantas y tan violentas antítesis! ¡Y es tan fácil convertir uno sólo de los términos de la antítesis en la realidad toda entera!

El derecho natural puede tener muchos defectos, pero éstos están compensados con usura por lo mucho bueno que lleva dentro de sí; por aquella noción de un derecho independiente de la sanción positiva y superior á ella, que se refiere al hombre como hombre, que es patrimonio indeleble de su naturaleza, de aquello que constituye precisamente su ser de hombre, su *humanidad.* La

humanidad, ella es el aspecto sano del derecho natural, que quizás es en él un universal lógico y formal, una fórmula del racionalismo del *Aufklärung*, pero á lo que se debe que haya podido convertirse en la mente de los contemporáneos y de los venideros en un universal real. Antes de que él reavivase el culto de la personalidad individual, veíanse *este* ó *aquel* hombre, gracias á él se ve el hombre. Si se le exagera cae en el individualismo; pero debe la humanidad agradecerle ese individualismo si por él, mediante un procedimiento de autocorrección, ha podido desencadenarse de sus prisiones la sana individualidad, la dignidad humana. En esto se confunde el derecho natural racionalista con el derecho natural absoluto de la filosofía tradicional; y es la expresión de ese derecho que todo hombre lleva en sí como la parte más sagrada de su ser; que siente antes de conocerlo y que desea en cuanto lo conoce; que no se sabe que es más, si sentimiento ó intuición, si idea ó volición. El derecho natural entra de lleno en los términos de la doctrina cristiana porqne el derecho del hombre es la expresión de la preciosidad inestimable de la persona humana redimida por Cristo, y en tal concepto es inexpugnable, y subsistirá así infaliblemente mientras no decline la conciencia moral de la humanidad.

Ni se explica cómo el positivismo, que ha tomado y toma por tema de sus lucubraciones críticas al derecho natural, puede con el flaco funda-

mento de sus augustos criterios combatirlo de veras. Un sistema que sólo admite como criterio científico la experiencia, no tiene sino un argumento contra el derecho natural: que no está comprobado por la experiencia; que nadie ha podido presentarlo como existente en el tiempo pasado ni en el presente, pudiendo asegurarse que tampoco será un hecho en el futuro. Vuestro derecho natural, dicen, no existe. Ese argumento es tan inofensivo para el derecho natural como para sus cultivadores. Pueden estos contestar á ese argumento diciendo: ya lo sabíamos; pero nuestro derecho natural es lo que es precisamente porque no es fenoménico, ó sea, objeto de experiencia. Nos hace tan poca mella vuestro raciocinio cuanto que lo habíamos previsto. Es derecho natural, es, para nosotros, una idea y no necesariamente un hecho, un deber ser y no un ser; una necesidad moral y no una cosa empíricamente existente.

Que haya ó no existido el derecho natural en las condiciones de la experiencia y de la historia; que haya sido modificado ó individualizado por tal ó cual derecho positivo, no nos importa. No es el tema de nuestro estudio que haya ó no existido sino si debe existir. Su inexistencia de hecho no es argumento contrario á nuestra teoría, como tampoco sería argumento favorable para ella su existencia. Cuando se excluye la noción del derecho natural en nombre del criterio experimental se cae en una petición de principio, dándose por probado aquello precisamente que debiera probarse: que

sea la experiencia el único criterio cognoscitivo de la existencia de las cosas, ó mejor todavía, que no haya otra forma de existencia que la existencia empírica. A esta petición de principio viene á reducirse toda la crítica del positivismo contra el derecho natural. Los estudios de filosofía del derecho de Wallaschek, y más todavía el libro recientísimo de Bergbohm, en que hace un minucioso examen del derecho natural (*) abundan en argumentaciones del género de la siguiente: *Ausser dem besteheuden Recht giebt es kein anderes Recht, denn es ist ein Widersprhch, anzunehemen, dass, ausser, dem bestehenden Recht, noch ein Recht besteht, des nich besteht.* Claro es que semejante modo de razonar es la consecuencia lógica de la ideología positivista, como también se echa de ver claramente la confusión que se hace entre dos cosas que son distintas ó acerca de cuya diversidad ó pluralidad versa precisamente la cuestión: la existencia empírica y la existencia metafísica de las cosas. Precisamente en la existencia metafísica se apoyan los defensores del derecho natural. Achácase á estos, inoportunamente, el incurrir en un absurdo paradógico, arguyéndoseles con una proposición sofística en una de cuyas partes se atribuye al verbo ser un sentido distinto que en la otra. *Eine andere wichtige Frage bleibt jo immer, ob das Recht, das besteht, auch bestehen solte, aber der Begriff des Rechtes, dae sein soll, darf nicht ver wechselt*

(*) Op. cit.

werden mit dem, das thatsächllch vorhanden ist, und nur dieses letztere ist Recht, das erstere soll es sein (1). Pero ¿cuándo ha pretendido nunca el derecho natural afirmar su existencia empírica de hecho, ó sea, su existencia como derecho positivo? El ha pretendido siempre ser lo que es, entendiéndose cuando ha dicho «soy», no ya «existo de hecho», sino «debo existir». El ser del derecho natural es precisamente el deber ser; el derecho natural es una norma y *existe* como norma, es decir, como «deber ser». Justamente por no existir necesariamente en las leyes positivas reivindica su derecho de existir. Y en este derecho á existir, no en el existir de veras, consiste su ser. Es verdaderamente deplorable que haya que recordar principios tan elementales que nadie debiera poner en duda.

Tan escaso de pruebas está el empirismo contra el derecho natural, que ni siquiera puede sostener de un modo absoluto que no llegue ese derecho á ser posible en las condiciones futuras de la experiencia; lo que equivale á decir que no sólo carece de autoridad para afirmar que el derecho natural no *sea* ó no *deba*, sino que ni aun puede asegurar que no *pueda existir*; porque lo posible y lo futuro están fuera del alcance de la experiencia, la cual está limitada al pasado y al presente. El poder ser ó el será, son cosas tan distintas del poder ser afirmado ó negado por el positivismo que

(1) Ibid. ibid.

aspire á ser lógico, como el deber ser (*). Excluída así la posibilidad de una de esas profecías que se encuentran en los repliegues predilectos del empirismo; privado también éste de la facultad de dictar leyes á la historia, tiene que encerrar sus negaciones en el círculo de lo presente. Entonces su crítica del derecho natural se encierra en la tesis siguiente: el derecho natural no existe como derecho natural porque no existe como derecho positivo; tesis desatinada que presupone en quienes la sostienen la falta absoluta del más elemental análisis idealógica, y que indica, si se me permite decirlo así, la verdadera bancarrota del positivismo jurídico.

(*) *Stammler*, S. 37.



SECCION TERCERA

Las tendencias de reacción al realismo.—El criticismo en la filosofía jurídica, **R. Stammler.**—El idealismo empírico, **W. Schuppe.**

El realismo, no obstante la fe ciega que tienen muchos en su criterio fundamental, no puede haber evitado el destino de toda existencia histórica; no puede haber poseído de tal manera el pensamiento filosófico de sofocar y extinguir toda lucha ó controversia doctrinal, que embotase las armas de la crítica. La tendencia realista domina pero no es exclusiva en él. En la vida del pensamiento filosófico jurídico representa él la acción, lo que no es óbice, por otra parte, para que haya en él una reacción ó una amenaza de ella. La tradición no interrumpida, perenne, del derecho natural, perturbada en su *marcha fatal* é impulsada en el fondo del pensamiento germánico por esa misma corriente de ideas que levantaba al positivismo hasta la superficie, se ha manifestado más viva, más tenaz, más activa de lo que á primera vista parece. Al recogerse en sí misma, al alejarse

del hálito corruptor de un viciado ambiente, ha podido insinuar en sí misma la tendencia fecunda y luminosamente educadora de la autocrítica, y se apropiará con más duradero éxito el dominio del pensamiento, cuando el positivismo haya cumplido su curso y agotado las razones de su existencia. Y sin dirigir la mirada hacia un futuro más ó menos remoto, no faltan, ni aun hoy, en Alemania los testimonios de una continuidad evolutiva de la tradición del derecho natural, que no sólo promete mucho para el porvenir, sino que adelanta en el presente el cumplimiento de sus promesas. Son, cierto es, intuiciones personales más que intuiciones colectivas, y fragmentos más que teorías; pero esta naturaleza fragmentaria es, por decirlo así, esporádica en los estudios tocantes al derecho natural y menos indicio de una dispersión del derecho especulativo debida á la falta de un núcleo común de las convicciones filosóficas, que de esa autonomía, de ese aislamiento, de esa especie de atomismo doctrinal que es la suerte de todos los movimientos de ideas contrarias á las corrientes del tiempo, ó diciéndolo de otro modo, heterodoxas. Así que desde *Ulrici* á *Harms*, desde *Geyer* á *Rümelin*, desde *Frohschammer* á *Carriere*, desde *Adickes* á *Byk* (*)

(*) De *Harms* recuerdo la obra póstuma publicada por el párroco H. Wiese: «Begriff, Formen und Grundlegung der Rechts philosophie (Leipzig 1889); de *Frohschammer*, «Ueber die Organisation u. kultur d. menschl. Gesellschaft u. s. w. (Munich 1885); de *Carriere*, «Die sittliche Weltsquellen

por no citar á otros menos recientes como *Walter, Rotteck, I. H. Fichte* y *Trendelenburg*), hay toda una serie de tratadistas del derecho natural ó secuaces del movimiento filosófico que más se acerca á un sano renacimiento del derecho natural, no sin que, por otra parte, dejen las obras de alguno de los autores citados de hallarse viciadas por preocupaciones transcendentales y panteísticas, ó por un conjunto de opiniones ó de supraposiciones subjetivas, que no dejarán huellas duraderas en los caminos de la ciencia. Ni aun faltan completamente intuiciones colectivas, de escuela, que conservan las tradiciones del derecho natural. La escuela de *Krause* que no ejercía ya ni con mucho la influencia que ejerció en un tiempo y que parecía casi agotada, ha revivido con la publicación recientísima de las obras inéditas del gran maestro, una de las cuales es un felicísimo debate del problema de la filosofía del derecho que deja atrás en el mérito de la oportunidad á las obras de sus discípulos desde Ahrens á Röder (*). Está además la escuela aristotélico-escolástica, que es digna de especial mención por el análisis á que somete el derecho natural y el criterio deontológico, cuyas doctrinas, sostenidas fragmentariamente por Hertling y por Gutberlet han sido coordinadas recientemente por Cathrein y fueron ya

---

u. s. w. (Gotinga (1872); de *Byk*, «Rechtsphilosopie (Leipzig 1882); de los otros las obras ya citadas.

(*) La obra á que se alude es la siguiente: «Vorlesungen über Naturrecht oder Philos: des Rechtes u. des Staates, herausgegeb. von R. Mucke. (Leipzig 1892).

sistematizadas por Meyer con vigorosa dialéctica (*).

No intento, por otra parte, analizar las fases ni discurrir sobre los éxitos posibles de estas tradiciones del derecho natural. Mi propósito es indagar y examinar las formas presentes de la filosofía jurídica germánica, prescindiendo de ese «presente» á que atribuyo ó he atribuído hasta aquí un sentido más filosófico que cronológico en el análisis de las doctrinas, las cuales, en lo que de mejor tienen, representan la tradicción perenne de la filosofía. No me propongo el examen de esas doctrinas de las que no se si es más acertado decir que son contrarias al positivismo, ó que éste es contrario á ellas, sino de las tendencias propia y verdaderamente reaccionarias, las cuales tienden menos á una sistematización positiva del derecho natural, que á una crítica de su reverso el positivismo, proceso del que diré que no es autónomo sino gobernado y medido por el impulso ocasional de la polémica, y que, precisamente por ser una reacción contra el positivismo, tiene de común con él cierto sabor de actualidad histórica que lo hace digno de nuestra atención.

Aludo aquí en particular á las tendencias neo-

(*) Las obras citadas son: de *Hertling*, Zur Beantwortung der Göttinger Iubilaeumsrede u. s. w. (Münster 1887); de *Gutberlet*, «Etnik u. Naturrecht (Münster 1883); de *Cathrein* los dos tomos últimos sobre la «Moralphilosophie»; de *Meyer* las «Institutiones juris naturalis etc. sec. principia S. Thomae Aquin.; (Freiburg 1885) I.

kantianas, las cuales, por esa reciprocidad de influencia que se ha indicado en otra parte entre la filosofía universal y la filosofía particular del derecho, debían, pronto ó tarde, afirmarse en el dominio de la última, después de aquel cierto desarrollo que habían adquirido en el de la primera. Su intento fundamental se puede resumir en pocas palabras: la reversión del problema de la crítica contra el positivismo. Enumerar exactamente las obras ó ensayos en que se dejan ver esas tendencias, es imposible; con todo, creo no andar errado ni incurrir en omisiones inexcusables si me limito á mencionar á tres escritores no más que, aunque no sean los únicos, pueden ser considerados como representantes de los otros ó de las tendencias que tienen de común con ellos. El primero de ellos, Stoerk, ha combatido el inductivismo de Post con profundas y sagaces observaciones críticas, inspiradas notablemente en la crítica kantiana, y también algo en la ideología de Schopenhauer (*). El segundo, Stammler, representa quizás más fielmente la tradición kantiana en aquella separación radical que, siguiendo las huellas del maestro, establece entre la experiencia y la especulación transcendente, y entre el fenómeno y el ser (**). El tercero, Schuppe, que no es jurista de vocación como los otros dos, sino filósofo, y que

(*) Studien zur sociologischen Rechtslehre (Archiv. f. öff Recht. I. 541 e. segg.

(**) Ueber die Methoden der geschichtlichen Rechtstheorie. Halle 1889.

quizás po: eso mismo es un ilustre filósofo jurista, revela una mente más nutrida de entendimientos positivos y un pensamiento filosófico más autónomo, más sistemático, más original (*). En cuanto á Stoerk basta haberlo indicado. La naturaleza de su ensayo no nos permite hacer de él un análisis, sea el que quiera. De los otros dos diremos algo.

El opúsculo de Stammler sobre *los métodos de la escuela histórica del derecho*, pequeño de volumen pero macizo de pensamiento, tiene valor notable como primer indicio de una rebelión del mun o jurídico contra el yugo del historicismo. Combate á éste el valiente profesor de Halle con una crítica vehemente que dejará hondas huellas por la sutileza de la dialéctica y la perspicacia de los argumentos. Lástima, por otra parte, que la crítica se consuma, por decirlo así, en sí misma, y que el autor, preocupado por la necesidad de de moler el historicismo, no nos diga la razón de aquello con que lo sustituye. Plantea perfectamente el problema del derecho natural, pero lo resuelve de una manera que parece eludirlo. Después de

---

(*) Die Methoden der Rechtsphilosophie (Zeitsch: f. vergl. Rechtswiss. V. 1884). Der Begriff des Rechtes 1883 (Zeitschr. f. d. Privat. u. öff Recht X); Die specifische Die specifische Differenz im Begriff des Rechtes 1884 (ibid. XI); Grundzüge der Ethik. u. der Rechtsphilosophie Breslau 1881. Las obras «Der Begriff des subjektiven Rechst (Breslau 1887) y «Das Gewohnheitsrecht». (Breslau 1890), son parte de la corriente filosófica jurídica de que se trató en el cap. IV. Pronto citaremos otros escritos suyos.

observar juiciosamente que el *ubi consistam* del derecho natural no se traduce en una serie de menudencias analíticas, sino en un criterio y principio *a priori* universal y supremo, no se considera en el deber de decirnos cómo llegar á ese principio y á ese criterio y cómo derivar de él un contenido rigurosamente determinado (*). Sin embargo, un criterio del que se sepa que es ó que aspira á ser criterio, pero no qué criterio sea, sino solamente que debe ser especulado *a priori*, no teniéndose noción de su sustancia, no puede marcar la última etapa de un examen filosófico. No basta saber que existe, hay que saber también qué cosa es. Y el filósofo que pretenda ser lógico tiene dos caminos de salida: atribuir á ese criterio un contenido ontológico, ó dejar á la razón el trabajo de conferírselo; indicar la fuente en que la razón pueda obtener el conocimiento de ese criterio, ó postular la razón como *principium essendi* (no como mero *principium cognoscendi*) del criterio mismo. Si no se hace lo uno, no se puede

(*) Formula en los términos siguientes el problema de la filosofía del derecho: «Ob es einen allgemeingiltigen Bestimmungsgrund fur die Rechtsetzenden gebe, welcher als Idee, obzwar kein ihr in der Erfahrung entsprechender Gegenstand aufgewiesen werden könne, als Richtschnur und Ziel erweisbare Geltung häte» (S. 38) y la doctrina del derecho natural con estas palabras: «eine wissenschaftliche Untersnchung darüber, was als *a priori* feststehender Zielpunkt und Masstab für alles Recht sich angeben und formulieren lasse» (S. 29). Pero que cosas sean el *Zielpunki* y el *Massstab*, ni lo propone ni lo indaga.

menos de hacer lo otro, y, por consiguiente, reconocer *sic et simpliciter* el antiguo y desacreditado racionalismo. A la escuela histórica no puede considerársela vencida, sí á su criterio positivista, que por más que se disimule en el involucro romántico y simbólico del *Volksbewusstsein*, no es menos esplícito y material, no se sustituye un criterio igualmente esplícito que no se reduzca al planteamiento del problema, sino que dé é imponga una solución de él clara y netamente determinada. El principio profesado por el autor de ser el derecho natural un criterio moderador universal y no una serie de cantidades jurídicas dadas (1), puede ser cierto según el contenido que se atribuya al criterio mismo. Un criterio que sea extensible á todas las formas jurídicas, y sinónimo, por lo tanto, de absoluta indiferencia, no resuelve el problema. No tenemos necesidad de un universal lógico, sino ontológico; no de un principio puramente formal y teórico sino material y provisto de valor ético; no debemos limitarnos á la crítica del conocimiento, sino integrarla con la metafísica.

La influencia de algún aspecto menos aceptable del pensamiento kantiano es visible, por lo demás, en el pensamiento de Stammler. Al combatir el historicismo nos dice, por ejemplo, que no puede salirse nunca de los términos de la causalidad natural y mecánica, ó sea de aquella ley que gobierna la cadena de los hechos empíricos y el pro-

---

(1) S. 29, 37 y siguientes.

ceso fenoménico de las cosas. El legislador, prosigue, es un sujeto empírico; también es motivo *empírico* aquel ideal histórico y relativo que, según la teoría de algunos *neo-historicistas*, debiera determinar la voluntad positiva del legislador, y sostener al unísono sus deliberaciones en el espíritu popular. Ahora, dado que entre dos factores empíricos no puede haber otras relaciones que las de causalidad natural, hay que confesar abiertamente que á la labor formativa del derecho postulado de la escuela histórica, es extraña la causalidad moral, es decir, la ley que diferencia el orden ético del orden físico (1). Pero á Stammler, que se apoya en algunos principios de la crítica kantiana, podría argüírsele con buen derecho con aquella dialéctica fina, sutil, ingeniosa, con que el mismo maestro distingue la causalidad física de la causalidad moral (2). Pero considerando la cosa bajo otro aspecto, bajo el único que se debe tener en cuenta en nombre de la filosofía, ¿no es quizás muy peligroso para un reivindicador del derecho natural suponer entre el fenómeno y el noumeno esa radical separación que Kant establece? Y, en verdad, de esa separación se sigue que el noumeno venga á ser casi sinónimo de incognoscible, una cosa de allá que no pertenece al mundo de acá; un verdadero mito de la razón. No ya causa ó sub-

---

(1) S. 23–24.

(2) Kr. d. reinen Vernunft (Ed. di Hartenstein III 370-373) —Kr. d. prakt Vernunft. (Ib. V. 99 y siguientes).

estrato de fenómenos, sino antítesis directa de todo proceso fenoménico, ese noumeno no tiene ninguna condición ó cualidad ontológica sostenible. Por haber querido elevarlo demasiado, lo ha agotado el filósofo. En este supuesto, si el derecho natural no es un fenómeno, y bajo este aspecto no está sometido á la ley de causalidad natural, no puede ser sino un noumeno. Stammler habría, pues, dejado en mal lugar el término ideal que invoca, ó sea el derecho natural al enunciar un principio que se presta á ser fácilmente revertido, y habría dado más argumentos favorables que contrarios al empirismo. Porque, evidentemente, al intensidad del positivismo jurídico procede en razón inversa de la intensidad de la visión de su reverso; y un derecho natural formado de la misma manera que los dioses de Epicuro, puede rendirse vencido y confeso. Es empresa absurda impugnar el empirismo con argumentos sacados de la crítica kantiana. No se refuta de verdad al empirismo, sino oponiéndole el sustancialismo; profesando, por consiguiente, la cognoscibilidad de la sustancia, y considerando al mismo tiempo á la sustancia y al fenómeno como términos correlativos y no ya contradictorios. Sólo procediendo así se refuta el empirismo, sin lesionar las sanas exigencias de la filosofía realista.

Schuppe no está quizás tan rígidamente vinculado con el pensamiento kantiano. Hablando propiamente no es neokantiano y está más cerca de Berkeley que de Kant. Idealista subjetivo, puede

decirse que marca la dialéctica entre el sistema berkeliano y las teorías de la escuela escocesa. La conciencia: esa es la idea madre de su filosofía; solo que la conciencia no es para él simplemente un criterio psicológico, sino un apoyo ontológico. Para entender sus doctrinas filosófico-jurídicas es preciso haber comprendido antes su ideología. De ningún filósofo tanto como de él es cierto que la teoría del conocimiento representa y resume toda su filosofía; así se deduce del idealismo psicológico que profesa.

El criterio fundamental de su sistema (criterio que es el mismo de otros idealistas contemporáneos como Leclair, Schulbert-Soldern y Rehmke), es el *esse est percipi:* la existencia en sí y la existencia representativa son una misma cosa; el mundo extra subjetivo, precisamente porque no existe para nosotros sino en cuanto nos los representamos en nosotros mismos, ó sea, convirtiéndose en un mundo subjetivo, sólo existe realmente en nuestro pensamiento y en nuestra representación, siendo absurdo pensar que el mundo exterior pueda existir de otro modo que en un sujeto que se lo represente, é intrínsecamente contradictorio hablar de un ser que no esté en la conciencia, ó de un ser en sí mismo que no sea una misma cosa que el *ser pensado* por un sujeto pensante. El pensar es el ser y la ideología es la ontología.

Repitiendo el experimento cartesiano, esto es, el dudar de todo (como Schuppe que reevoca de propósito el escepticismo del gran maestro del sub-

jetivismo), queda una sola cosa como indubitable: la existencia de la propia conciencia, ó sea, del mismo pensamiento que duda; conciencia y pensamiento que se reconocen como el único criterio para alcanzar el conocimiento de las cosas; de manera que este conocimiento no es producto de una presunta percepción inmediata del mundo extra subjetivo, sino producto del análisis de lo que se contiene en la conciencia. El conocimiento es, pues, un circuito: conocer es, propiamente, conocerse (1). La objetividad del conocimiento no consiste propiamente en el *consensus in idem* del mayor número posible de sujetos pensantes, sino en la necesidad absoluta con que un pensamiento dado se asocia á la conciencia (2). El mundo extrasubjetivo, como tal, ó sea, como cosa que no ha pasado ó penetrado aún en el interior de nuestra conciencia, es lo mismo que una causa sin los efectos que constituyen su ser como causa. Nuestras percepciones son una propiedad no del conocer de la cosa, sino de su ser, precisamente como aquellos efectos son, no un accesorio de la causa, sino su sustancia misma, aquello por que la causa se *causa* (3). El conjunto de las impresiones sensibles *se convierte* en el mundo real, en virtud del principio de identidad y del principio de causalidad que son formas de la conciencia, categorías ó ideas.

(1) Zur «voraussetzungsloser» Erkenntnisstheorie—Phil: Monatsh, 18 B. S. 378.

(2) Grundzüge S. 20-21.

(3) Der Begriff des Rechts—Grünhut's Zeitschr. X. S. 377.

Las cuales ideas *sind in der That weltbewegende Mächte... wir bestehen aus ihnen und sie sind überhaupt nicht Erkenntnisse über Dinge der Aussenwelt, sondern ergeben sich aus der Reflexion des denkenden und werthschätzenden Bewusstsein über sich selbst, als Bejahung desjenigen, was es bei dieser Reflexion, oder als was es bei dieser Re flexion, sich findet* (1).

Dados estos principios y estos criterios, está dada á la vez la inmanencia panteística del mundo en la conciencia y del ser en el pensamiento. Así el problema del conocimiento no se discute ni se resuelve sino que se le plantea y suprime *a priori*. La identificación del *esse* y del *percipi* excluye por lógica de las cosas una indagación relativa á las relaciones del conocer y del ser. Lo que era para nosotros una relación se convierte en sustancia para el filósofo idealista. No ya la solución sino el planteamiento mismo del problema se da por absurdo. El problema, se nos dice, es insoluble, sencillamente porque es inconcebible. Con esta supresión del problema crítico se imagina quizás Schuppe como antes Berkeley, demostrar perentoriamente y poner en una región superior á toda duda la realidad objetiva del conocimiento humano, no refutando las objeciones que se les hagan, sino cerrando directamente el paso á

(1) Was sind Jdeen—nella Zeitschr: f. Philosophie u. philos. Kr—N. F. (1883) S. 167. Su ideología está plenamente expuesta en su «Erkenntnisstheoretische Logik».

esas objeciones. Negar el problema piensan que es el modo más práctico y eficaz de resolverlo.

Pero que esta actitud enfrente de la crítica no se engañe. La seguridad en que descansan las subjetivistas radicales se asemeja un tanto á la indiferencia desoladora de quien pierde no solo la esperanza, sino también la desesperación. Es bastante menos arduo llegar por la vía de la crítica al subjetivismo que hacerlo dogmáticamente un sistema; porque el idealismo subjetivo, como todo lo que recibe su impulso del escepticismo, es intrínsecamente dogmático. Y no solo es dogmático sino también empírico. El análisis y la reflexión de la conciencia son las solas armas metódicas de Schuppe, el cual manifiesta esplícitamente, y no sin cierta jactancia, que es verdadero filósofo experimental. Y tiene razón; porque representa con fidelidad y coherencia la lógica del empirismo, ó sea, el criterio de la objetividad absoluta de los fenómenos de la experiencia interior. Por esto puede hacerse extensivo á su doctrina el título que aplica Kant á la de Berkeley: el de idealismo empírico.

Esto supuesto, no es difícil comprender cual tiene que ser la filosofía moral y jurídica de nuestro autor. Siendo esa filosofía equivalente de la ideología, su idea madre será á la par la conciencia, y el análisis de la conciencia su criterio y su método. Y siendo el ser una misma cosa que el pensarlo, así lo bueno es una misma cosa que el desearlo y quererlo. Las cosas exteriores son tanto objetos cuanto son sujetos, y lo mismo las acciones y

los hechos morales. Es bueno lo que se deja querer, lo que produce satisfacción. *Das Gute kan nur gefühlt werden: es ist Lust: äussere Dinge oder Handlungen können nur gut sein als Lustquelle* (1). Entiéndase, por lo demás, que Schuppe no es edonista. Reconoce un bien, un valor moral supremo y una estimación y volición *moral absoluta (eine absolute Werthschätzung)*. El bien y valor ético supremo es para él la conciencia, y *absolute Werthschätzung* la satisfacción de la conciencia, *die Lust am Bewusstein* (2).

Es, pues, la conciencia el solo bien absoluto, porque solo ella es por sí misma objeto de la voluntad y no por otro ser ó en función de otro ser. (Conviene aquí recordar que la conciencia es siempre el residuo extremo del escepticismo analítico lo mismo en la ideología que en la moral). Con el predicado «absoluto» no entiende, empero, el autor lo que es absoluto en metafísica. Su pretendido absoluto (como el mismo lo explica) no es sino el absoluto psicológico. Su *absolute Werthschätz ung* es denominada por él casi siempre *unvermeidliche*, inevitable, y expresa un sentimiento poderoso que no se deja inhibir; que nos domina *velis nolis* por más que lo neguemos: *unwillkürlich immer wieder anerkannt wird* (3). Esta *unvermeidliche Werthschätzung* recuerda, pues, la *unwillkürlicher Beifall*

(1) Grundzüge S. 19.
(2) Grundzüge S. 108
(3) Ibid. ibid.

de Herbart. Cuando, no obstante, se dice satisfacción de la conciencia, se alude siempre á las condiciones absolutas de la conciencia, á su inherencia sustancial. Sin duda una conciencia que no se individualice en esto ó en lo otro es una abstracción huera. *Im Bewusstsein fand ich das Wesen des Menschen, nicht freilich in dem abstracten Momente des blossen Sichwissen, sondern in dem Wissen von sich mit seinen Zuständen und Thätigkeiten, ohne welches eben Sichwissen eine Undenkbarkeit wäre* (1). Solo que cuando el Yo se afirma á sí mismo en su individualidad, todavía esta individualidad tiene valor en cuanto coincida en la unidad sintética del yo; de modo que sea siempre este y ese yo—y no el yo indeterminado—el sujeto ó mejor el objeto, ó una y otra cosa á un tiempo de la *unvermeidliche Werthschätzung;* pero este ó ese yo como tales, no este ó ese momento individual de él, ó la simple adición cuantativa de todos sus momentos individuales. En la afirmación de este ó de aquel yo está implícita y sustancialmente inmanente la afirmación del yo en universal: *d. h. die Die Bejahung alles Bewusstseins, wo und wann und wie auch immer das Ich sich finde und wisse, die Bejahung desjenihen Ich, welches in allen identisch ist* (2). *Das Ich, welches sich in diesen unterscheidbaren Besonderheiten bejaht, thut dies doch nur als das absolut Individuelle, dessen*

(1) Die specifische Differenz im Begriffe des Rechtes. Grünhut's Zeitschr. XI S. 168.

(2) Grundzüge S. 146.

Besonderheiten sie sind, in welchem sie coincidiren als Besonderheiten eines Ich u. s. w. (1).

De esa manera piensa el autor llegar á la síntesis dialéctica del egoismo, al cual lo conduce la lógica de su subjetivismo con las exigencias sentidas por él luminosamente de la moral. Pero no hemos dicho que esta dialéctica suya lo hace salirse otra vez de él, aunque se admita como probado, que el yo, al afirmar con la reflexión inteligente su existencia específica, no pueda no afirmar al mismo tiempo su existencia genérica, que se representa como inmanente en las determinaciones específicas. Porque la afirmación que el yo hace de sí mismo no es volición abstracta (lo que sería absurdo), sino concreta; no analítica sino sintética. En el dominio de la lógica se puede abstraer la conciencia universal de las determinaciones individuales, pero no en el de la ética cuyo objeto no es un postulado de la razón, sino la vocación, por su naturaleza eminentemente sintética, del sentimiento. La *Selbsbehauptung* no es refleja sino espontánea, y ni siquiera intenta el yo cumplir de lleno esta matemática sútil de la conciencia que Schuppe pretende que cumpla.

El espíritu analítico que informa á nuestro autor lo lleva después á diferenciar, y aun á oponer frente á frente dos términos de que él mismo reconoce la inmanencia dialéctica. La conciencia universal y la conciencia individual *(Bewusstseins-Con-*

---

(1) Ibid. S. 145.

cretion) se diferencian y tienen una función científica antitética: la conciencia universal es el objeto de la moral, y la otra lo es del derecho (1). Así en el derecho, las condiciones relativas é individuales, las variedades fenoménicas tendrían una extensión incontrastada. El dominio del derecho sería la expresión del simple y mero relativismo. El materialismo que se difundiese en el derecho estaría compensado por otra parte con usura por el formalismo de la moral, ¡y que formalismo! La conciencia abstracta es un principio tan vácuo, que comparado con ella sería muy abundante en contenido el *imperativo categórico*. Y así, bajo otra forma, reaparecerían los antiguos dañinos efectos causados en el proceso del pensamiento filosófico por aquella irracional é impróvida separación entre la moral y el derecho. El relativismo de la *Bewusstseins concretion* es aquí el equivalente exacto del legalismo mecánico de Kant. Para evitar tales daños no hace Schuppe otra cosa que sutilizar aún con su dialéctica y conferir á la reflexión inteligente de la *Bewusstseins concretion* aquel contenido y aquella función universal, aquella especie de recurso psicológico ético de la *unidad sintética de la percepción* que más atrás hemos visto. Pero ni así se hurta á la contradicción ya indicada. Si la universalidad de la conciencia está implícita en la *Bewusstseins concretion*, entonces no ya separación, pero ni siquiera la diferencia que debiera ha-

(1) Die spcifische Differenz u. s. w. (loc. cit. S. 166).

ber entre moral y derecho existe. Todavía más: no habrá ya moral ni derecho, es decir, disciplinas normativas, sino una fenomenología de la conciencia moral y jurídica. Aquella inmanencia garantiza, por juego espontáneo de las fuerzas psicológicas, el cumplimiento de la moral y de la justicia. O esa universalidad de la conciencia no está implícita en la *Bewusstseins concretion* y entonces el legalismo ó más bien el inmoralismo: la moral vendrá á ser entonces una fenomenología del pensamiento lógico y el derecho una proyección del egoismo. De modo que en ambos casos la contradicción subsiste y los daños se agravan: en el primero están demás moral y derecho; en el segundo no son posibles ninguno de los dos: ó no es necesario que nazcan, ó es necesario que no nazcan.

Desdeñando esta retorsión de la lógica, se detiene de propósito el autor en ensalzar la fuerza explicativa de sus principios, destruyendo esa antinomía, que tanto perturba al moralista, entre la unidad moral de la conciencia y la gran variedad etno gráfica de las intuiciones y de las costumbres. El secreto de esta antinomía está á su parecer, en la conciencia. La reflexión de la conciencia es pasiva por naturaleza; unas veces más intensa; otras veces menos; hoy apagada, vivaz mañana. La variedad de las costumbres y de las instituciones es precisamente el reflejo del grado vario de intensidad de la reflexión inteligente. De la lógica de la conciencia en universal se seguiría la perfección absoluta, inmutable; de la lógica de la *Bewusstseins*

concretion se sigue á la inversa, la perfectibilidad y, por lo tanto, el proceso de las imperfecciones. Las diferencias entre una y otra conciencias explican la antinomía; la inmanencia de la una en la otra nos explica, pues, como en esta antinomía no se niegue sino que se reafirme la unidad moral de la conciencia. Pero si la conciencia en universal no es sino una abstracción y si precisamente esa abstracción tiene que ser el *ubi consistam* de la unidad moral de la humanidad, la explicación que nos da el autor cae en el más vicioso formalismo. Como la unidad de la conciencia no tenga otro cimiento que un residuo lógico del análisis y de la reflexión inteligente, puede darse por venida ante el positivismo.

Evidentemente no se defiende el absolutismo del *ethos* contra el escepticismo moral de los antropologistas identificándolo con un *detrito* lógico, ó apreciando el principio de la moral y del derecho como parte de la lógica formal, ni aseverando, como el autor, que la diversidad de las costumbres y las leyes no destruye la existencia del *ubi consistam* moral y jurídico, como la infinita diversidad de los conocimientos particulares no destruye la unidad de las leyes del pensamiento. Pero tal vez no se haya reprobado á Schuppe una asimilación que es la expresión fiel de su doctrina. Cuando las condiciones subjetivas se aunan en sostenimiento de las objetivas no es ya posible hallar el vínculo de unión entre la unidad y las diversidades de contenido de la conciencia moral. El filósofo vacilará

siempre en tal caso entre la *indiferencia* formal y las diferencias materiales; entre el purismo lógico y el materialismo práctico; estará fuera de la moral ó contra la moral. He ahí un dilema de que no hay manera de salirse aunque tenga el filósofo las poderosas aptitudes de Schuppe, y no obtante la admiración que inspiran muchas doctrinas particulares de su Etica, en las que reviven, animadas por el soplo de un pensamiento original, las teorías de la escuela escocesa y muchas de la filosofía tradicional.



CONCLUSION

Con la ligera noticia de estas tendencias neocríticas é idealistas acaba nuestro ensayo sobre la modernísima filosofía del derecho en Alemania. Si de esas tendencias se pueden esperar con seguridad favorables anspicios para el porvenir de esa filosofía lo ignoramos, porque no podemos prever si el subjetivismo de la crítica se coordinará en un contenido metafísico y hasta que punto, condición indispensable para dar en tierra con el positivismo y restaurar á un mismo tiempo los fastos del derecho natural. Ciertamente que el insinuarse la crítica del conocimiento en el dominio de la filosofía del derecho, es garantía de venturoso porvenir si de ello se sigue el sacudimiento de aquel dogmatismo que fué el Πρῶτον Ψεῦδος de la escuela histórica (*),

(*) Die historische Schule hat bis heute die inneren Schranken nicht durchbrochen, welche ihre theoretische Ausbildung wie ihren Einfluss anf das Leben hemmen müssten. Ihrem Studium und ihrer Verwerthuug der geschichtlichen Erscheinungen fehlte der Zusammenhang mit der Analysis der Trat-

y que los secuaces del moderno realismo que tan ajenos como los de aquella escuela al estudio de las condiciones del pensamiento y al análisis psicológica de los estados de conciencia, han sistemati zado con fé ciega en sí mismos y en sus propias fuerzas. Pero, por otra parte, es difícil que el empirismo se de por vencido hoy en que el espíritu analítico, que es el secreto de la vitalidad de la filosofía experimental y también, en tanta parte, del mismo espíritu crítico, está tan enseñoreado de los dominios de la ciencia, y tanto seduce á la gente culta. No menos difícil es también persuadirse, ó, mejor dicho, persuadir á los demás, de que el sano espíritu filosófico lejos de excluir el sentido de la investigación analítica, lo lleva en sí mismo y que integra sus resultados en una intuición sintética que no es un juego ocioso del pensamiento sino una eficiencia abundante y pudiera decir corpulenta de contenido ideal.

Solo nos es lícito expresar la firme confianza, sin incurrir en una ingenua esperanza utopista, en que estas actitudes autocríticas y reflexivas que se inician hoy, se consoliden y fortalezcan, y aceleren en Alemania, como fuera de ella, el momento en que crea oportuno la filosofía entregarse á un *exámen de conciencia* y preguntarse si el derecho

---

sachen des Bewusstseins, sonach Begründung auf das einzige in letzter Instanz sichere Wissen, kurz eine philosophische Grundlegung, Es fehlte ein gesunde Verhältnirs zur Erkenntnisstheorie und Psychslogie. W. *Diltgey*. Einleitunh in die Geisteswissenschaften. I Band. (Leipzig 1893) Vorrede S. XV.

natural bien entendido no tiene valor científico é ideal muy superior á las doctrinas de sus adversarios, y si en lugar de desterrarlo de los dominios del saber no sería mejor reanudar su tradición luminosa, coordinándola con los recientes progresos y novísimas adquisiciones de la ciencia. Porque no se ha dicho que ese derecho natural por ser antiguo este anticuado, ni que deje de fermentar y agitarse en su seno la eterna juventud de la conciencia humana y de lo ideal.

De la naturaleza del derecho natural se sigue, por otra parte, que de determinarse en él un renacimiento que nos es lícito augurarle para un porvenir próximo, se producirá menos un movimiento especulativo de las inteligencias, que un movimiento práctico, una vocación espiritual de las conciencias. El derecho natural no es ciencia sino filosofía, y filosofía de la vida más que del pensamiento; siendo, pues, en las nuevas corrientes de la vida donde se halla el secreto de su futura suerte. Ahora; no puede negarse que en este fin de siglo el aguijonazo de un renacimiento moral y de una renovación interna de las almas, se ha hecho sentir más intensamente, así como el resplandor de una intuición más sana de los problemas del universo y un culto más ardiente y una atención más diligente á los derechos de la conciencia. El sentimiento de los derechos del hombre sería por decirlo así el sentimiento de la propia *humanidad*, aguzado y exacerbado por el espectáculo desolador de las violencias de varia naturaleza que procedentes de

arriba y de abajo (y á un tiempo bajas y vulgares) estrechan y ahogan á la libertad individual, y se va á hacer tanto más vivo y tenaz cuanto que el recuerdo de las luchas y dolores experimentados para defenderlo le habrán dado más sagrado carácter.

Y si se afirma poderoso el sentimiento de los derechos del hombre, estese seguro de que habrá llegado el tiempo del triunfo del derecho natural, que podrá no ser filosofía del individualismo, pero que es necesariamente filosofía de los derechos individuales.

Está hoy en gran boga en Alemania una forma brutal de individualismo que no vacilo en calificar como propia y verdadera negación del derecho del hombre: el individualismo anárquico ó el anarquismo aristocrático de Max Stirner y de Nietzsche; individualismo que daría argumento para auspicios bien tristes sobre el porvenir del pensamiento germánico, si el culto fanático que le tributa la juventud alemana durase largo tiempo sin modificarse; pero ¿quien podría decir que esta rápida y violenta solución de continuidad de la tradición (tan luminosa en otro tiempo en la vida del pueblo germánico) del panteismo político y del pietismo ortodoxo, no sea una deformación morbosa que la infiltración de las teorías de la fuerza moldeadas sobre el darwinismo dominante ha determinado, un movimiento ideal, originariamente puro y noble en sus motivos y destinado á más saludables y lisonjeros desquites?

FIN

INDICE

Págs.

INTRODUCCIÓN.

Sección primera.—Fenomenología del Derecho....... 27

Capítulo I.—Razón de ser de la fenomenología en la mente de sus tratadistas-Ad. Merkel.. 27

— II.—Los principios sintéticos de la fenomenología del Derecho.................. 49

— III.—La degradación de la fenomenología en la dogmática y en la lógica jurídica... 142

— IV.—La jurisprudencia comparativa, A. H. Post............................ 151

Sección segunda.—Análisis del criterio fundamental del realismo jurídico................ 179

Capítulo I.—El criterio de la experiencia y el problema gnoseológico de la filosofía del Derecho........................... 183

— II.—El criterio histórico evolitivo y el problema ontológico de la filosofía del Derecho........................... 199

— III.—El positivismo jurídico y el problema ético de la filosofía del Derecho natural.. 213

Págs.

Sección tercera.—Las tendencias de reacción al realismo.—El criticismo en la filosofía jurídica, R. Stammler.—El idealismo empírico, W. Schuppe.................. 241

CONCLUSIÓN. 263

